César E. San Martín Castro

Miguel R. Pérez Arroyo

JURISPRUDENCIA

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE

(2004-2019)

3º Edición
Actualizada y Aumentada

2019

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

CENALES
CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES SAC
FONDO EDITORIAL

César E. San Martín Castro

Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Juez titular de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Miguel R. Pérez Arroyo

Presidente del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales

Exmagistrado Penal del Poder Judicial

Profesor de Derecho Procesal Penal y Criminología

Master en Criminología

Doctor en Derecho

JURISPRUDENCIA

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE

(2004-2019)

Investigador

Luis Carlos Riega Cayetano

2019

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

CENALES
CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES SAC
FONDO EDITORIAL

JURISPRUDENCIA

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE (2014-2019)

© CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

© MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

INVESTIGACIÓN, EDICIÓN, DIAGRAMACIÓN, CORRECCIÓN DE ESTILOS
LUIS CARLOS RIEGA CAYETANO

DISEÑO DE PORTADA
JANET TORRES NICHO

EDITORES

© INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCAS PENALES
AV. CAMINO REAL 493 - OF. 501
SAN ISIDRO

© CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES S.A.C.
AV. CAMINO REAL 497, SAN ISIDRO

PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2014

SEGUNDA EDICIÓN: ENERO 2018

TERCERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2019

TIRAJE: 1,000 EJEMPLARES

ISBN: 978-612-47050-4-5

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY DE DERECHO DE AUTOR
QUEDA TERMINANTEMENTE PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, YA SEA ELECTRÓNICO, MECÁNICO, QUÍMICO, ÓPTICO, INCLUYENDO EL SISTEMA DE FOTOCOPIADO, SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL AUTOR Y EDITORES QUEDANDO PROTEGIDOS LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE AUTORÍA PARA LA LEGISLACIÓN PERUANA.

IMPRESO EN SERVICIOS GRÁFICOS JMD SRL
AV. JOSÉ GÁLVEZ 1549, LINCE, LIMA
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2017-17896

Printed in Peru

ABREVIATURAS

Art. / Arts. Artículo / Artículos

Const. Constitución Política de 1993.

CEP. Código de Ejecución Penal.

ACPP. Código de Procedimientos Penales.

CP. Código Penal.

CPP. Código Procesal Penal 2001.

NCPP. Código Procesal Penal 2004.

CT. Código Tributario.

CADH Convención Americana de Derechos Humanos.

CPI Corte Penal Internacional.

DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos.

D. Leg. Decreto Legislativo.

ECPI Estatuto de la Corte Penal Internacional.

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOMP Ley Orgánica del Ministerio Público.

LPT. Ley Penal Tributaria.

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

R.N. Recurso de Nulidad.

T.P. Título Preliminar.

LDA. Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N° 28008).

ÍNDICE TEMÁTICO

Lista de abreviaturas VII
Índice temático IX
Índice jurisprudencial XXXV
Prólogo a la tercera edición actualizada y aumentada
por César E. San Martín Castro XLIX
Prólogo a la tercera edición actualizada y aumentada
por Miguel R. Pérez Arroyo LI

I. Derecho Penal
Parte general

1. **De la Ley Penal** 1

A. **Aplicación Temporal de la Ley Penal** 1

§1. **Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las Leyes, pudiendo escogerse la más favorable al reo** 1
Acuerdo Plenario Nº 2-2006/CJ-116

§2. **Concurso real retrospectivo** 4
Recurso de Nulidad Nº 1523-2016-AYACUCHO

§3. **Concurso real retrospectivo** 7
Recurso de Nulidad Nº 2116-2014-LIMA

§4. **Concurso real retrospectivo** 10
Recurso de Nulidad N° 3084-2015-LIMA NORTE

§5. **Jurisprudencia vinculante no dignifica modificación legal y no es de aplicación retroactiva** 13
Recurso de Nulidad Nº 1920-2006-PIURA

§6. **Retroactividad benigna de la Ley penal y cambio de la doctrina jurisprudencial** 15
Recurso de Nulidad N° 1500-2006-PIURA
§7. **Sustitución de penas por retroactividad benigna** 17
Sentencia Plenaria N°2-2005/DJ-301-A
§8. **Aplicación retroactiva del sistema de tercios** 22
Casación N° 400-2018-CUSCO
§9. **Rechazo de solicitud de sustitución de pena** 27
Recurso de Nulidad N° 1816-2018-CALLAO
§10. **Excepción de Cosa Juzgada en los delitos de Asociación Ilícita para delinquir** 31
Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116
B. **APLICACIÓN PERSONAL** 35
§11. **Principio de igualdad ante la ley** 35
Recurso de Nulidad N° 4166-2004- LIMA

2. **DEL HECHO PUNIBLE** 39

A. **BASES DE PUNIBILIDAD** 39
§12. **Las rondas campesinas y el derecho penal** 39
Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116

B. **CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL** 54
§13. **Inimputabilidad por grave alteración de la conciencia** 54
Recurso de Nulidad N° 1377-2014-LIMA
§14. **Legítima defensa** 59
Recurso de Nulidad N° 910-2018-LIMA ESTE
§15. **Error de tipo vencible** 66
Recurso de Nulidad N° 655-2018-LIMA SUR
§16. **Error de prohibición vencible** 75
Recurso de Nulidad N° 33-2018-AYACUCHO
§17. **Error de tipo vencible** 80
Recurso de Nulidad N° 37-2018-AYACUCHO
§18. **Responsabilidad restringida** 84
Casación N° 717-2018-HUÁNUCO

§19. **Error de tipo vencible** 90
Casación N° 126-2019-ICA

§20. **Aplicación de la responsabilidad restringida** 93
Casación N° 1662-2017-LAMBAYEQUE

§21. **Actuación policial y exención de responsabilidad penal, doctrina legal** 97
Acuerdo Plenario N° 05-2019/CIJ-116

C. **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN** 101

§22. **Autoría y Participación delictiva. Complicidad Primaria y Complicidad Secundaria. Criterios normativos y jurisprudenciales. Interés Casacional por errónea interpretación de la Ley Penal. El dolo y su prueba** 101
Casación N° 367-2011-LAMBAYEQUE

§23. **Cosa juzgada e instigación en masa** 113
Casación N° 842-2015-LAMBAY1EQUE

§24. **Suficiencia probatoria-coautoría** 119
Recurso de Nulidad N° 1084-2018-CALLAO

3. **DE LAS PENAS**

A. **CLASES DE PENA** 127

§25. **La ejecución de la pena de inhabilitación y el recurso impugnador** 127
Acuerdo Plenario N°10-2009/CJ-116

§26. **La pena de inhabilitación** 132
Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116

§27. **Nulidad e inhabilitación** 143
Recurso de Nulidad N° 253-2018-LIMA

B. **APLICACIÓN DE LA PENA** 145

§28. **Bases para imponer la pena** 145
Recurso de Nulidad N° 1360-2017-LIMA

§29. **Principio de accesoriedad y delito continuado** 147
Recurso de Nulidad N° 1322-2018-NACIONAL

§30. **Concurso aparente de leyes** 153
Recurso de Nulidad N° 743-2018-LIMA

§31. **Determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel** 162
Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116

§32. **Determinación de la pena y concurso real de delitos** 166
Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116

§33. **Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena** 178
Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116

§34. **Determinación de la pena máximo en leyes penales que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada** 185
Recurso de Nulidad N° 2860-2006-ANCASH

§35. **Habitualidad y concurso real de delitos** 187
Recurso de Nulidad N° 2479-2016-ANCASH

§36. **Determinación judicial de las penas conjuntas** 197
Recurso de Nulidad N° 3864-2013-JUNIN

§37. **Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación**.. 200
Recurso de Nulidad N° 367-2004-SANTA

§38. **Error de tipo vencible**..... 203
Recurso de Nulidad N° 1448-2018-NACIONAL

§39. **Determinación judicial de la pena**..... 206
Recurso de Nulidad N° 760-2018-APURÍMAC

§40. **Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual** 211
Acuerdo Plenario N° 06-2019/CIJ-116

§41. **Interés superior del niño: Causal de disminución de la punibilidad supra legal** 218
Recurso de Nulidad N° 761-2018-APURÍMAC

C. **Refundición de Penas**..... 221

§42. **Refundición de penas en concurso real retrospectivo** 221
Recurso de Nulidad N° 4052-2004-AYACUCHO

D. **Conversión de La Pena**..... 223

§43. **Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria**..... 223
Casación N° 382-2012-LA LIBERTAD

E. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA 234

§44. Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada 230
Recurso de Nulidad N° 2476-2005-LAMBAYEQUE

§45. Aplicación de sanciones por incumplimiento de reglas de conducta 234
Casación N° 656-2014-ICA

F. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO 237

§46. Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.. 237
Recurso de Nulidad N° 3332-2004-JUNÍN

4. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 241

§47. Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación 241
Recurso de Nulidad N° 104-2005-AYACUCHO

5. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA 243

§48. Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal del 2004... 243
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116

§49. Nuevos alcances de la prescripción con referencia a la intervención del *extraneus* 249
Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116

§50. Prescripción: problemas actuales 255
Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116

§51. La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y el art. 49° del código penal 267
Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116

§52. Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia 277
Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116

§53. Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad 280
Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116

§54. La formalización de la investigación frente a la prescripción de la acción penal 282
Casación N°383-2012-LA LIBERTAD

§55. **Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria** 287
Casación N° 347-2011-LIMA

§56. **Inaplicabilidad de la institución de la prescripción penal en casos de violaciones de Derechos Humanos** 291
Recurso de Nulidad N° 2117-2010- LIMA

§57. **Violación sexual: Criterios para establecer el plazo de prescripción de la acción penal en aquellos delitos en que el legislador no ha previsto pena máxima** 299
Recurso de Nulidad N° 2860-2006-ANCASH

§58. **Suspensión del plazo de prescripción** 301
Casación N° 1652-2017-PUNO

§59. ***Ne bis in idem:* triple identidad** 304
Recurso de Nulidad N° 1549-2018-LIMA ESTE

§60. **La prescripción** 309
Recurso de Nulidad N° 314-2017-NACIONAL

6. **DE LA REPARACIÓN CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS** 311

§61. **Reparación civil y delitos de peligro** 311
Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116

§62. **Criterios para fijar el monto de la reparación civil en Sentencias sucesivas de un evento criminal** 314
Casación N° 216-2005-HUÁNUCO

§63. **Las Personas Jurídicas y consecuencias accesorias** 316
Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116

§64. **Tercero civilmente responsable** 329
Recurso de Nulidad N° 705-2018-HUANCAVELICA

§65. **Tercero civilmente responsable** 335
Casación N° 547-2016-CUSCO

§66. **Reparación civil. Rol de la Corte Suprema** 344
Casación N° 695-2018-LAMBAYEQUE

PARTE ESPECIAL

1. DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD 353

§67. Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición 353

Acuerdo Plenario N° 09-2019/CIJ-116

2. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA 359

§68. Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información 359

Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD 366

A. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL 366

§69. Aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes 366

Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ 116

§70. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad al artículo 170° del Código Penal 375

Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116

§71. Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias y penalidad 392

Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116

§72. Exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado en la relación sexual mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad 339

Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116

§73. Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor 406

Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

§74. Violación de menor de edad: Criterios para la aplicación de la pena 410

Casación N° 335-2015-DEL SANTA

§75. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido cometido contra adolescente mayor de 14 y menor de 18 años, del

artículo 173°.3. al artículo 170° del código penal 415
Casación N° 49-2011-LA LIBERTAD

§76. Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual 423
Casación N° 148-2010-MOQUEGUA

§77. Naturaleza y características del elemento típico "engaño" en el delito de seducción 425
Recurso de Nulidad N° 1628-2004-ICA

§78. El delito de violación sexual de persona con discapacidad intelectual 427
Casación N° 591-2016-HUAURA

§79. Violación de menor de edad 441
Recurso de Nulidad N° 1959-2017-CUSCO

B. PROXENETISMO 446

§80. Favorecimiento a la prostitución 446
Recurso de Nulidad N° 1659-2018-HUÁNUCO

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO 448

A. Hurto 448

§81. Delito de hurto 448
Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116

§82. Delito de hurto de espectro electromagnético. Aspectos dogmáticos y probatorios 452
Casación N° 234-2017-LA LIBERTAD

§83. Circunstancia agravante por nocturnidad 462
Recurso de Nulidad N° 3936-2013-ICA

B. ROBO 464

§84. El concepto de Arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el Delito de Robo 464
Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ 116

§85. El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo 470
Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116

§86. Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal 477
Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116

§87. **Robo agravado: Es posible acreditar la preexistencia del bien sustraído sin presentar boleta o factura** 479
Recurso de Nulidad N° 114-2014-LORETO

§88. **Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión** 483
Recurso de Nulidad N° 3932-2004-AMAZONAS

§89. **Momento de la consumación en el delito de robo** 485
Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A

§90. **Robo agravado** 489
Recurso de Nulidad N° 1324-2016-LIMA SUR

C. APROPIACIÓN ILÍCITA 494

§91. **Configuración típica del delito de Apropiación ilícita. Diferencias con la conducta típica del delito de Hurto** 494
Casación N° 301-2011-LAMBAYEQUE

D. ESTAFA 499

§92. **Precisiones sobre el delito de estafa** 499
Recurso de Nulidad N° 2504-2015-LIMA

E. USURPACIÓN 503

§93. **Usurpación: La violencia por turbación de la posesión puede ejercerse tanto sobre las personas como sobre las cosas** 503
Casación N° 56-2014-AYACUCHO

§94. **Violencia como elemento del tipo del delito de Usurpación Agravada, puede recaer sobre bienes o sobre personas** 505
Casación N° 233-2013-AREQUIPA

§95. **Usurpación: La violencia puede ejercerse sobre las personas y sobre los bienes** 508
Casación N° 259-2013-TUMBES

5. DELITOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS 512

§96. **La Regularización Tributaria** 512
Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116

§97. **Configuración del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas** 520
Casación N° 474-2013-TACNA

6. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA 525

A. DELITO DE PELIGRO COMÚN 525

§98. Tenencia ilegal de armas 525
Casación N° 194-2014-ICA

§99. Tenencia ilegal de armas. Tener licencia vencida para portar armas, ya sea de propiedad del Estado o de uso particular, no configura delito de Tenencia ilegal de armas 528
Casación N° 211-2014-ICA

§100. Tenencia ilícita de armas de fuego y municiones 533
Recurso de Nulidad N° 357-2018-ÁNCASH

B. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS 536

§101. Delito de TID, Correo de drogas, y su agravante 536
Acuerdo Plenario N° 3-2008/ CJ – 116

§102. Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes Reglas de interpretación 541
Acuerdo Plenario N° 3-2005/CJ-116

§103. Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID .. 543
Recurso de Nulidad N° 352-2005-CALLAO

§104. Configuración de la agravante por la condición especial de profesional sanitario 545
Casación N° 738-2014-CAJAMARCA

§105. Alcances interpretativos de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP 547
Casación N° 126-2012-CAJAMARCA

§106. Tráfico ilícito de drogas 556
Recurso de Nulidad N° 245-2018-LIMA SUR

7. DELITOS AMBIENTALES 559

§107. Alteración de ambiente o paisaje: Elementos objetivos del tipo penal 559
Casación N° 74-2014-AMAZONAS

8. DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA 562

A. TERRORISMO 562

§108. Terrorismo: La consulta de la decisión de extinción en estos procesos, en caso de muerte comprobada del imputado es innecesaria 562
Consulta N° 16-2014-LIMA
§109. Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal 564
Consulta N° 126 -2004-LIMA
§110. Interpretación del delito de Terrorismo 567
Recurso de Nulidad N° 3048-2004-LIMA
§111. Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad .. 569
Recurso de Nulidad N° 1062-2004-LIMA

B. ORGANIZACIÓN CRIMINAL 572
§112. Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal 572
Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116
§113. Organización criminal y técnicas especiales de investigación 579
Acuerdo Plenario N° 10-2019/CIJ-116

9. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD 597

A. DESAPARICIÓN FORZADA 597
§114. El delito de la desaparición forzada 597
Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116
§115. Configuración del delito de Desaparición Forzada 610
Casación N° 1514-2013-LIMA

10. DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR 626

A. INDUCCIÓN A NO VOTAR O HACERLO EN SENTIDO DETERMINADO.... 626
§116. Configuración del delito de inducción al voto..... 626
Casación N° 760-2016-LA LIBERTAD

11. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 635
§117. Delitos contra la administración pública: Irrelevancia penal de los defectos administrativos subsanables 635
Casación N° 841-2015-AYACUCHO

A. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD 642

§118. Tipicidad y Determinación Judicial respecto de la circunstancia agravante 642
Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116
§119. Elementos del tipo subjetivo 647
Recurso de Nulidad N° 652-2016-LIMA NORTE
§120. Toda persona puede oponerse y resistirse a la propia de tención, pero no se admite violentar a la autoridad policial 649
Recurso de Nulidad N°1268-2018-LIMA NORTE

B. COLUSIÓN 652
§121. Precisiones sobre el delito de colusión simple y agravada 652
Casación N° 661-2016-PIURA
§122. Perjuicio en el delito de colusión 659
Recurso de Nulidad N° 881-2018-PASCO

C. PECULADO 666
§123. Delito de Peculado. Definición y acción típica 666
Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116,
§124. Características especiales del sujeto activo y tipicidad de la conducta 669
Casación N° 160-2014-DEL SANTA
§125. Precisiones sobre el delito de Peculado doloso 673
Casación N° 160-2014-ANCASH
§126. El sujeto activo en el delito de peculado 688
Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA
§127. Configuración del delito de Peculado doloso 690
Recurso de Nulidad N° 546-2012-LIMA
§128. Estructura típica del delito de peculado culposo 695
Recurso de Nulidad N° 4500 – 2005 - JUNÍN
§129. Diferencia entre los delitos de Peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad 697
Recurso de Nulidad N° 2212-2004-LAMBAYEQUE
§130. Naturaleza jurídica de los viáticos y delito de peculado 699
Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116

D. COHECHO PASIVO PROPIO 706
§131. Elementos configuradores del tipo penal 706
Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN

E. Omisión O Retardo de Actos Funcionales 709
§132. Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público 709
Recurso de Nulidad N° 496-2006-AREQUIPA

F. Negociación Incompatible 711
§133. Configuración del delito de Negociación Incompatible: relevancia penal de los hechos imputados. Irregularidades administrativas no son suficientes para configurar delito de Negociación incompatible 711
Casación N° 23-2016-ICA
§134. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible 741
Casación N° 841-2015-AYACUCHO
§135. Bien jurídico protegido en el tipo penal del delito de Negociación incompatible 744
Recurso de Nulidad N° 677-2016-LIMA

G. Prevaricato 749
§136. Delito de prevaricato y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.. 749
Recurso de Nulidad Nº 273-2018-HUÁNUCO

H. Tráfico de Influencias 757
§137. La participación del interesado en el Delito de Tráfico de Influencias y la Legitimidad de la Intervención Penal en la modalidad de influencias simuladas 757
Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ 116
§138. Tráfico de influencias: Libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de Tráfico de Influencias Simuladas 765
Casación N° 374-2015-LIMA

I. Enriquecimiento Ilícito 772
§139. Enriquecimiento ilícito 772
Casación N° 782-2015-DEL SANTA

J. Lavado de Activos 776
§140. Delito de Lavado de Activos y medidas de coerción reales 776
Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116
§141. Configuración del tipo penal del delito de Lavado de Activos 786
Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116

§142. Delito fuente como elemento normativo del tipo penal del delito de Lavado de Activos 813
Casación N° 92-2017-AREQUIPA
§143. La prueba del elemento normativo del tipo "origen ilícito de los bienes" 840
Recurso de Nulidad N° 3036-2016-LIMA
§144. Elementos típicos del delito de Lavado de Activos 871
Recurso de Nulidad N° 2868-2016-LIMA

12. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA 893
A. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL 893
§145. Configuración del delito de Falsedad documental 893
Casación N° 1121-2016-PUNO

II.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES 899
A. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 899
§146. Presunción de inocencia y motivación de sentencias 899
Casación N° 03-2007-HUAURA
§147. Presunción de inocencia 904
Recurso de Nulidad N° 2132-2018-LIMA
B. DUDA RAZONABLE 909
§148. Absolución por duda razonable 909
Recurso de Nulidad N° 1807-2018-CAJAMARCA
C. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE 913
§149. La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones 913
Casación N° 54-2009-LA LIBERTAD
§150. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principio de celeridad y economía procesal 916
Recurso de Nulidad N° 4003-2013-LIMA
D. DERECHO DE DEFENSA 909

§151. Contenido del Derecho a la defensa y el Derecho a la prueba en el proceso penal 909
Casación N° 281-2011-MOQUEGUA
§152. Alcances del Principio de Imputación necesaria 930
Recurso de Nulidad N° 956-2011-UCAYALI
§153. Derecho a la defensa y notificación de actuaciones procesales 932
Recurso de Nulidad N° 136-2018-CALLAO
E. Derecho de Defensa en el Antiguo Proceso Penal 936
§154. La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena 936
Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116
§155. Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de Nulidad 940
Recurso de Nulidad N° 302-2012-HUANCAVELICA
§156. Inmutabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema que resuelve Recurso de Nulidad 947
Recurso de Nulidad N° 798-2005-ICA
§157. Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación 949
Recurso de Nulidad N° 1004-2005-HUANCAVELICA
§158. Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso Nulidad 951
Sentencia Plenaria N° 1-2013/301-A.2-ACPP
F. Derecho de Defensa en el Nuevo Proceso Penal 957
§159. Audiencia de Tutela e imputación suficiente 957
Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116
§160. Audiencia de Tutela 961
Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116
§161. La notificación de actos judiciales y el derecho a la defensa 969
Casación N °326-2016-LAMBAYEQUE
G. Derecho a la Gratuidad en la Administración de Justicia 982
§162. Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia 982
Casación N° 171-2011-LIMA

§163. Gratuidad de copias de carpeta fiscal siempre que se acredite escasos recursos del beneficiario 985
Casación N° 172-2011-LIMA

H. PRINCIPIO A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN 987

§164. Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo .. 987
Acuerdo Plenario N° 3-2007/CJ-116

I. PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*..... 990

§165. *Ne bis in ídem* material 990
Recurso de Nulidad N° 2090-2005-LAMBAYEQUE

J. PRINCIPIO ACUSATORIO 992

§166. Principio acusatorio e imposibilidad para variar el contenido esencial del elemento fáctico de la imputación 992
Casación N° 709-2016-LAMBAYEQUE

§167. Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal 999
Queja N° 1678-2006-LIMA

§168. Principio Acusatorio y límites a las facultades de la parte civil en el proceso penal 1003
Recurso de Nulidad N° 1969-2016-LIMA NORTE

2. LA ACCIÓN PENAL 1022

§169. Improcedencia de acción. Delito de enriquecimiento ilícito..... 1022
Casación N° 277-2018-VENTANILLA

3. DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 1029

§170. Delimitación material del delito de función y de la jurisdicción militar 1029
Competencia N° 18-2004

§171. Juez legal. Criterios para la fijación de competencia 1034
Recurso de Nulidad N° 2448-2005-LIMA

§172. Sobre la inhibición 1036
Casación N° 599-2018-NACIONAL

4. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL 1039

§173. Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos 1039
Acuerdo Plenario N° 4-2012/CJ-116

§174. Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma 1043
Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116
§175. Legitimidad procesal de la persona natural imputada en un proceso penal con independencia de la incorporación dela persona jurídica que representa 1050
Casación N° 134-2015-UCAYALI
§176. Legitimación del agraviado en el proceso penal 1059
Casación N° 353-2011-AREQUIPA
§177. Facultades de la parte civil en el proceso penal 1061
Recurso de Nulidad N° 677-2016-LIMA

5. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 1064

§178. Principio de oportunidad. Acuerdos reparatorios 1064
Casación N° 437-2012-SAN MARTÍN

6. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA 1070

§179. Cuestión previa e identificación del imputado 1070
Acuerdo Plenario Nº 7-2006/CJ-116
§180. Excepción de improcedencia de acción 1074
Casación N° 581-2015-PIURA
§181. Excepción de improcedencia de acción 1077
Casación N° 407-2015-TACNA
§182. La excepción de naturaleza de acción: Suficientes elementos de cargo 1079
Recurso de Nulidad N° 2868-2014-LIMA

7. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 1082

§183. Aplicación de la prórroga del plazo de la investigación preparatoria bajo los alcances de la Ley N° 30077 1082
Casación N° 309-2015-LIMA
§184. Tutela de derechos: Imposibilidad del órgano jurisdiccional para incorporar nuevos derechos que puedan ser objeto de tutela 1085
Casación N° 136-2013-TACNA
§185. Improcedencia de la prórroga de la investigación preliminar luego de vencido el plazo 1088
Casación N° 134-2012-ANCASH

§186. Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas 1091
Casación N° 144-2012-ANCASH
§187. Control de plazo de las diligencias preliminares 1093
Casación N° 66-2010-PUNO
§188. Los plazos de la investigación preparatoria 1096
Casación N° 02-2008-LA LIBERTAD
§189. Diligencias preliminares en crimen organizado: alcances, plazo y ampliaciones 1098
Casación N° 599-2018-LIMA

8. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS 1112
§190. La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura 1112
Acuerdo Plenario N° 6-2012/CJ-116
§191. Incautación 1118
Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116
§192. Incautación y el decomiso: Devolución del bien incautado al propietario ajeno al ilícito 1125
Casación N° 103-2016-PUNO
§193. Reglas para la devolución del bien incautado 1129
Casación N° 136-2015-CUSCO (VINCULANTE)
§194. Precisiones sobre la Incautación 1141
Casación N° 646-2014-SULLANA
§195. Devolución de bienes incautados a terceros ajenos al ilícito 1148
Casación N° 382-2013-PUNO
§196. Prolongación del registro personal en las actuaciones procesales 1153
Casación N° 253-2013-PUNO
§197. Incautación de bienes producto del contrabando. Cuando no se determine la procedencia lícita de bienes incautados, estos no se devolverán al imputado luego del sobreseimiento 1156
Casación N° 113-2013-AREQUIPA
§198. Incautación de vehículos 1160
Casación N° 136-2013-TACNA

§199. El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado 1163
Casación N° 45-2012-CUSCO
§200. El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión 1167
Recurso de Nulidad N° 3396-2010-AREQUIPA

9. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 1169

§201. Prolongación de la prisión preventiva. Inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva 1169
Casación N° 147-2016-LIMA
§202. Requisitos de la prolongación de prisión preventiva 1171
Casación N° 147-2016-LIMA
§203. El arraigo como presupuesto de peligro de fuga 1173
Casación N° 631-2015-AREQUIPA
§204. Prisión preventiva: La audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi,* pena probable, peligro procesal- peligro de fuga) 1176
Casación N° 626-2013-MOQUEGUA
§205. El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso 1180
Casación N° 328-2012-ICA
§206. Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia 1183
Casación N° 391-2011-PIURA
§207. Vigencia de la Ley N° 29499 respecto de los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención 1185
Recurso de Nulidad N° 4216-2009-LIMA
§208. Prolongación de la prisión preventiva 1188
Recurso de Nulidad N° 302-2018-LIMA NORTE
§209. Prisión preventiva: presupuesto y requisitos 1192
Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116
§210. Prisión preventiva y peligro de fuga 1221
Casación N° 1145-2018-NACIONAL

§211. Vigilancia electrónica personal 1229
Acuerdo Plenario N° 02-2019/CIJ-116
§212. Procedencia de la medida de impedimento de salida del país en la investigación preliminar, doctrina legal 1239
Acuerdo Plenario N° 03-2019/CIJ-116

10. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL 1249

§213. Valoración de la Prueba Pericial en Delitos de Violación Sexual 1249
Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ 116
§214. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual 1250
Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116
§215. Valor probatorio de la pericia no ratificada 1276
Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116
§216. Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado. 1279
Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116
§217. Reglas para la admisión de prueba testimonial ya rendida en juicio de primera instancia 1283
Casación N° 854-2015-ICA
§218. Pertinencia de la prueba científica de ADN 1289
Casación N° 292-2014-ANCASH
§219. Reglas de admisión probatoria de las declaraciones previas del menor en los delitos sexuales 1291
Casación N° 33-2014-UCAYALI
§220. Valoración de la prueba, presunción de inocencia y derecho a la defensa 1294
Casación N° 41-2012-MOQUEGUA
§221. Prueba prohibida en grabación de conversación telefónica 1302
Recurso de Nulidad N°2076-2014-LIMA NORTE
§222. Prueba documental prueba documentada: precisiones y diferencias 1304
Recurso de Nulidad N°1589-2013-LIMA
§223. Criterios para la admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal 1310
Recurso de Nulidad N° 1589-2013-LIMA

§224. Criterios para la construcción de prueba indiciaria 1317
Recurso de Nulidad N° 3521-2012-LIMA
§225. Límites a la actuación de la prueba en los juicios a reos ausentes 1372
Recurso de Nulidad N° 1768-2006-LORETO
§226. Prueba indiciaria y presunción de inocencia 1374
Recurso de Nulidad N° 1912-2005-PIURA
§227. Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso, y la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista 1376
Recurso de Nulidad N° 3044-2004-LIMA
§228. El examen del ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales 1379
Sentencia Plenaria Casatoria 1-2018/CIJ-433
§229. Valoración probatoria en el delito de lavado de activos 1399
Casación N° 675-2016-ICA
§230. Necesidad de la actuación de prueba científica 1410
Casación N° 240-2016-SAN MARTÍN

11. Etapa Intermedia 1416

§231. El Control de la Acusación Fiscal 1416
Acuerdo Plenario N°6-2009/CJ-116
§232. Reglas sobre el control formal y sustancial de la acusación Fiscal 1423
Casación N° 760-2016-LA LIBERTAD
§233. Apelación de auto de sobreseimiento 1427
Casación N° 187-2016-LIMA

12. Etapa de Juicio Oral 1432

§234. La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral 1432
Acuerdo Plenario N° 5-2012/CJ-116
§235. Conclusión anticipada. La conformidad 1436
Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116
§236. Desvinculación procesal 1453
Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116
§237. Declaración de Contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales 1458
Acuerdo Plenario N° 5-2006/CJ-116

§238. Límites de la variación la imputación en la acusación formulada en el Juicio oral y en la sentencia final 1464
Casación N° 234-2017-LA LIBERTAD

§239. Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito 1474
Casación N° 159-2011-HUAURA

§240. Inconcurrencia del imputado a sesión de lectura de Sentencia y continuidad del Juicio Oral 1476
Recurso de Nulidad N° 4040-2011-LIMA

§241. Desvinculación de la acusación: modificación de la calificación penal en el delito de colaboración terrorista 1478
Recurso de Nulidad N° 1450-2005-LIMA

§242. Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos 1480
Recurso de Nulidad N° 2206-2005-AYACUCHO

§243. Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral Interpretación de los artículos 1°-5° de la Ley N°28122 1482
Recurso de Nulidad N° 1766-2004-CALLAO

13. SENTENCIA PENAL 1485

§244. Motivación escrita de resoluciones 1485
Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116

§245. Vulneración del debido proceso por manifiestos defectos en la motivación externa 1494
Casación N° 618-2015-CUSCO

§246. Efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal 1504
Casación N° 1027-2016-ICA

§247. Control de motivación de resoluciones judiciales 1509
Casación N° 14-2015-UCAYALI

§248. Deliberación y Sentencia. Desvinculación jurídica 1516
Casación N° 659-2014-PUNO

§249. Motivación de la sentencia a través de prueba indiciaria 1520
Casación N° 628-2015-LIMA

§250. Eficacia de decisión judicial firme 1530
Casación N° 131-2014-AREQUIPA

§251. Absolución por insuficiencia probatoria 1536
Recurso de Nulidad N° 3596-2014-SAN MARTIN
§252. Motivación y causa de pedir 1539
Casación N° 343-2018-MADRE DE DIOS
§253. Falta de motivación y manifiesta ilogicidad 1543
Casación N° 1382-2017-TUMBES
§254. Motivación insuficiente como causal de nulidad de condena 1555
Recurso de Nulidad N° 883-2018-LIMA

14. Recurso de Apelación en el Nuevo Código Procesal Penal ... 1558

§255. La impugnación por nulidad por vicios procesales 1558
Casación N° 229-2015-LIMA
§256. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia 1560
Casación N° 722-2014-TUMBES
§257. Reglas para solucionar los casos de condena del absuelto 1564
Casación N° 405-2014-CALLAO
§258. Valoración de la prueba en segunda instancia 1568
Casación N° 96-2014-TACNA
§259. Reglas en los casos de condena del absuelto 1577
Casación N°499-2014-AREQUIPA
§260. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia 1583
Casación N° 454-2014-AREQUIPA
§261. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia 1585
Casación N° 542-2014-TACNA
§262. Actuación Probatoria en el juicio de apelación 1593
Casación N° 385-2013-SAN MARTIN
§263. Ámbito de delimitación de la decisión en segunda instancia y derecho a la defensa 1596
Casación N° 413-2014-LAMBAYEQUE
§264. La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el Juicio de Apelación 1604
Casación N° 195-2012-MOQUEGUA

§265. Obligatoriedad de la asistencia del imputado a la Audiencia de apelación 1608
Casación N° 183-2011-HUAURA
§266. Valoración de la prueba personal en segunda instancia: Excepciones al principio de inmediación 1613
Casación N° 636-2014-AREQUIPA
§267. Límites de la decisión del tribunal de apelación respecto del absuelto en primera instancia 1618
Casación N° 194-2014-ANCASH
§268. Imposibilidad de imponer una pena mayor a la impuesta en una sentencia anulada cuando dicha nulidad ha sido provocada por la defensa 1622
Casación N° 822-2014-AMAZONAS
§269. Límites del Tribunal Revisor para anular actos procesales que no fueron objeto de impugnación 1627
Casación N° 300-2014-AYACUCHO
§270. Abstención de pronunciamiento de Fiscal superior en audiencia de apelación 1631
Casación N° 475-2013-TACNA
§271. Casación fundada: infracción a las reglas de valoración de prueba documental 1635
Casación N° 330-2016-HUAURA

15. RECURSO DE CASACIÓN 1639

§272. La casación de oficio 1639
Casación N° 389-2014-SAN MARTIN
§273. Criterios para la admisión de una casación por desarrollo de la doctrina jurisprudencial 1643
Casación N° 08-2014-CALLAO
§274. La reparación civil en el recurso de casación 1648
Casación N° 657-2014-CUSCO
§275. El principio de congruencia y el interés casacional 1654
Casación N° 215-2011-AREQUIPA
§276. Inadmisibilidad del Recurso de casación 1659
Casación N° 11-2018-LIMA

§277. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial 1664
Recurso de Nulidad N° 2728-2016-LIMA SUR

16. LA ACCIÓN DE REVISIÓN 1670

§278. Competencias y límites del Tribunal Revisor 1670
Casación N° 430-2015-LIMA

§279. El Proceso de Revisión y la Imparcialidad 1674
Sentencia Plenaria N° 1-2015/301-A.2-ACPP

17. PROCESOS ESPECIALES 1676

§280. Proceso Penal Inmediato Reformado. Legitimación y alcance 1676
Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ 116

§281. Acusación directa y proceso inmediato 1697
Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116

§282. La Terminación Anticipada del proceso penal 1707
Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116

§283. Flagrancia, diligencias preliminares y proceso inmediato 1715
Casación N° 692-2016-LIMA NORTE

§284. Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal 1723
Casación N° 63-2011-HUAURA

§285. Características de la flagrancia delictiva 1727
Recurso de Nulidad N° 1589-2013-LIMA

§286. Proceso inmediato y delitos especialmente graves 1733
Casación N° 622-2016-JUNÍN

18. DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA 1739

§287. Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria 1739
Casación N° 437-2012-SAN MARTÍN

§288. Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal 1744
Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116

III.- DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. EJECUCIÓN DE LA PENA 1755

§289. Libertad anticipada: Precisiones 1755
Casación N° 251-2012-LA LIBERTAD

§290. Control judicial en la Ejecución de la pena 1759
Casación N° 118-2010-CUSCO

§291. Control y ejecución de la sentencia penal 1761
Casación N° 120-2010-CUSCO

§292. Suspensión de ejecución de la pena 1763
Recurso de Nulidad N° 3037-2015-LIMA

2. BENEFICIOS PENITENCIARIOS 1765

§293. Beneficios Penitenciarios. Aplicación de Leyes de Ejecución Penal en el tiempo 1765
Acuerdo Plenario N° 2-2015/CIJ-116

§294. Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada 1769
Acuerdo Plenario N° 8-2011/CJ-116

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ACUERDOS PLENARIOS

AÑO 2005

- Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2005/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2005/CJ-116

AÑO 2006

- Acuerdo Plenario Nº 2-2006/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2006/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2006/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 5-2006/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 6-2006/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 7-2006/CJ-116

AÑO 2007

- Acuerdo Plenario Nº 2-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 5-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 6-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 8-2007/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116

AÑO 2008

- Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116

AÑO 2009

- Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 2-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 5-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 6-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 8-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 9-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 10-2009/CJ-116

AÑO 2010

- Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 2-2010/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116

AÑO 2011

- Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116

- Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 8-2011/CJ-116

AÑO 2012

- Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 4-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 5-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 6-2012/CJ-116

AÑO 2015

- Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 2-2015/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 3-2015/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 5-2015/CJ-116

AÑO 2016

- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CJ-116
- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CJ-116

AÑO 2017

- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2017/CJ-116

AÑO 2019

- Acuerdo Plenario Nº 1-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 2-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 3-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 4-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 5-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 6-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 7-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 8-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 9-2019/CJ-116
- Acuerdo Plenario Nº 10-2019/CJ-116

CASACIONES

AÑO 2005

- Casación N° 2016-2005-Huánuco

AÑO 2006

- Casación N° 2860-2006-Ancash

AÑO 2007

- Casación N° 03-2007-Huaura

AÑO 2008

- Casación N° 02-2008-La Libertad

AÑO 2009

- Casación N° 54-2009-La Libertad

AÑO 2010

- Casación N° 66-2010-Puno
- Casación N° 118-2010-Cusco
- Casación N° 120-2010-Cusco
- Casación N° 148-2010-Moquegua

AÑO 2011

- Casación N° 49-2011-La Libertad
- Casación N° 63-2011-Huaura
- Casación N° 159-2011-Huaura
- Casación N° 171-2011Lima
- Casación N° 172-2011-Lima
- Casación N° 183-2011-Huaura
- Casación N° 281-2011-Moquegua
- Casación N° 301-2011-Lambayeque
- Casación N° 347-2011-Lima
- Casación N° 353-2011-Arequipa
- Casación N° 367-2011-Lambayeque
- Casación N° 391-2011-Piura
- Casación Nº 2015-2011-Arequipa

AÑO 2012

- Casación N° 41-2012-Moquegua
- Casación N° 45-2012-Cusco
- Casación N° 126-2012-Cajamarca
- Casación N° 134-2012-Ancash
- Casación N° 144-2012-Ancash
- Casación N° 195-2012-Moquegua
- Casación N° 328-2012-Ica
- Casación N° 382-2012-La Libertad
- Casación N° 383-2012-La Libertad
- Casación N° 437-2012-San Martín

AÑO 2013

- Casación N° 113-2013-Arequipa
- Casación N° 136-2013-Tacna
- Casación N° 233-2013-Arequipa
- Casación N° 253-2013-Puno
- Casación N° 259-2013-Tumbes
- Casación N° 382-2013-Puno
- Casación N° 385-2013-San Martin
- Casación N° 474-2013-Tacna
- Casación N° 475-2013-Tacna
- Casación N° 626-2013-Moquegua
- Casación Nº 1514-2013-Lima

AÑO 2014

- Casación Nº 33-2014-Ucayali
- Casación Nº 56-2014-Ayacucho
- Casación Nº 74-2014-Amazonas
- Casación Nº 96-2014-Tacna
- Casación Nº 131-2014-Arequipa
- Casación Nº 160-2014-Del Santa
- Casación Nº 160-2014-Ancash
- Casación Nº 194-2014-Ancash
- Casación Nº 194-2014-Ica
- Casación Nº 211-2014-Ica
- Casación Nº 292-2014-Ancash
- Casación Nº 300-2014-Ayacucho
- Casación Nº 389-2014-San Martín
- Casación Nº 405-2014-Callao
- Casación Nº 413-2014-Lambayeque
- Casación Nº 454-2014-Arequipa
- Casación Nº 499-2014-Arequipa
- Casación Nº 542-2014-Tacna

- Casación Nº 636-2014-Arequipa
- Casación Nº 646-2014-Sullana
- Casación Nº 656-2014-Ica
- Casación Nº 657-2014-Cusco
- Casación Nº 659-2014-Puno
- Casación Nº 722-2014-Tumbes
- Casación Nº 738-2014-Cajamarca
- Casación Nº 822-2014-Amazonas

AÑO 2015

- Casación N°14-2015-Ucayali
- Casación N°134-2015-Ucayali
- Casación N°136-2015-Cusco
- Casación N°229-2015-Lima
- Casación N°309-2015-Lima
- Casación N°335-2015-Del Santa
- Casación N°374-2015-Lima
- Casación N°407-2015-Tacna
- Casación N°430-2015-Lima
- Casación N°581-2015-Piura
- Casación N°618-2015-Cusco
- Casación N°631-2015-Arequipa
- Casación N°782-2015-Del Santa
- Casación N°841-2015-Ayacucho
- Casación N°842-2015-Lambayeque
- Casación N°854-2015-Ica

AÑO 2016

- Casación Nº 23-2016-Ica
- Casación Nº 103-2016-Puno
- Casación Nº 147-2016-Lima
- Casación Nº 187-2016-Lima

- Casación Nº N° 216-2005-Huánuco
- Casación Nº 240-2016-San Martín
- CASACIÓN Nº 326-2016-Lambayeque
- CASACIÓN Nº 330-2016-Huaura
- Casación Nº 547-2016-Cusco
- Casación Nº 591-2016-Huaura
- Casación Nº 622-2016-Junín
- Casación Nº 661-2016-Piura
- Casación Nº 675-2016-Ica
- Casación Nº 692-2016-Lima Norte
- Casación Nº 709-2016-Lambayeque
- Casación Nº 760-2016-La Libertad
- Casación Nº 1027-2016-Ica
- Casación Nº 1121-2016-Puno

AÑO 2017

- Casación Nº 92-2017-Arequipa
- Casación Nº 234-2017-La Libertad
- Casación Nº 1382-2017-Tumbes
- Casación Nº 1652-2017-Puno
- Casación Nº 1662-2017-Lambayeque

AÑO 2018

- Casación Nº 11-2018-Lima
- Casación Nº 277-2018-Ventanilla
- Casación Nº 343-2018-Madre de Dios
- Casación Nº 400-2018-Cusco
- Casación Nº 599-2018-Lima
- Casación Nº 599-2018-Nacional
- Casación Nº 695-2018-Lambayeque
- Casación Nº N° 717-2018-Huánuco
- Casación Nº 1145-2018-NACIONAL

AÑO 2019

- Casación N° 126-2019-Ica

CONSULTAS

AÑO 2004

- Consulta N° 126 -2004-Lima

AÑO 2014

- Consulta N° 16-2014-Lima

COMPETENCIA

AÑO 2001

- Competencia N° 18-2001

QUEJA

- Queja N° 1678-2006-Lima

RECURSOS DE NULIDAD

AÑO 2004

- Recurso de Nulidad N° 367-2004-Santa
- Recurso de Nulidad N° 1062-2004-Lima

- Recurso de Nulidad Nº 1450-2005-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 1628-2004-Ica
- Recurso de Nulidad Nº 1766-2004-Callao
- Recurso de Nulidad Nº 1912-2005-Piura
- Recurso de Nulidad Nº 2206-2005-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 2212-2004-Lambayeque
- Recurso de Nulidad Nº 3044-2004-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 3048-2004-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 3332-2004-Junín
- Recurso de Nulidad Nº 3932-2004-Amazonas
- Recurso de Nulidad Nº 4052-2004-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 4166-2004- Lima

AÑO 2005

- Recurso de Nulidad Nº 104-2005-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 352-2005-Callao
- Recurso de Nulidad Nº 798-2005-Ica
- Recurso de Nulidad Nº 1004-2005-Huancavelica
- Recurso de Nulidad Nº 2090-2005-Lambayeque
- Recurso de Nulidad Nº 2448-2005-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 2476-2005-Lambayeque
- Recurso de Nulidad Nº 4500–2005-Junín

AÑO 2006

- Recurso de Nulidad Nº 496-2006-Arequipa
- Recurso de Nulidad Nº 1500-2006-Piura
- Recurso de Nulidad Nº 1768-2006-Loreto
- Recurso de Nulidad Nº 1920-2006-Piura
- Recurso de Nulidad Nº 2860-2006-Ancash

AÑO 2009

- Recurso de Nulidad Nº 4216-2009-Lima

AÑO 2010

- Recurso de Nulidad N° 2117-2010- Lima
- Recurso de Nulidad N° 3396-2010-Arequipa

AÑO 2011

- Recurso de Nulidad N° 956-2011- Ucayali
- Recurso de Nulidad N° 4040-2011-Lima

AÑO 2012

- Recurso de Nulidad N° 302-2012-Huancavelica
- Recurso de Nulidad N° 546-2012-Lima
- Recurso de Nulidad N° 3521-2012-Lima

AÑO 2013

- Recurso de Nulidad N° 1589-2013-Lima
- Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junin
- Recurso de Nulidad N° 3936-2013-Ica
- Recurso de Nulidad N° 4003-2013-Lima

AÑO 2014

- Recurso de Nulidad N° 114-2014-Loreto
- Recurso de Nulidad N° 1377-2014-Lima
- Recurso de Nulidad N° 2076-2014-Lima Norte
- Recurso de Nulidad N° 2116-2014-Lima
- Recurso de Nulidad N° 2868-2014-Lima
- Recurso de Nulidad N° 3596-2014-San Martin

AÑO 2015

- Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima
- Recurso de Nulidad N° 2504-2015-Lima

- Recurso de Nulidad Nº 1875-2015-Junín
- Recurso de Nulidad Nº 3037-2015-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 3084-2015-Lima Norte

AÑO 2016

- Recurso de Nulidad Nº 652-2016-Lima Norte
- Recurso de Nulidad Nº 677-2016-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 1324-2016-Lima Sur
- Recurso de Nulidad Nº 1523-2016-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 1969-2016-Lima Norte
- Recurso de Nulidad Nº 2479-2016-Ancash
- Recurso de Nulidad Nº 2868-2016-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 3036-2016-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 3037-2015-Lima

AÑO 2017

- Recurso de Nulidad Nº 314-2017-Nacional
- Recurso de Nulidad Nº 1360-2017-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 1816-2018-Callao
- Recurso de Nulidad Nº 1959-2017-Cusco

AÑO 2018

- Recurso de Nulidad Nº 33-2018-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 37-2018-Ayacucho
- Recurso de Nulidad Nº 136-2018-Callao
- Recurso de Nulidad Nº 245-2018-Lima Sur
- Recurso de Nulidad Nº 253-2018-Lima
- Recurso de Nulidad Nº 273-2018-Huánuco
- Recurso de Nulidad Nº 302-2018-Lima Norte
- Recurso de Nulidad Nº 357-2018-Áncash
- Recurso de Nulidad Nº 655-2018-Lima Sur
- Recurso de Nulidad Nº 705-2018-Huancavelica

- Recurso de Nulidad N° 743-2018-Lima
- Recurso de Nulidad N° 760-2018-Apurímac
- Recurso de Nulidad N° 761-2018-Apurímac
- Recurso de Nulidad N° 881-2018-Pasco
- Recurso de Nulidad N° 883-2018-Lima
- Recurso de Nulidad N° 910-2018-Lima Este
- Recurso de Nulidad N° 1084-2018-Callao
- Recurso de Nulidad N° 1268-2018-Lima Norte
- Recurso de Nulidad N° 1322-2018-Nacional
- Recurso de Nulidad N° 1448-2018-Nacional
- Recurso de Nulidad N° 1549-2018-Lima Este
- Recurso de Nulidad N° 1659-2018-Huánuco
- Recurso de Nulidad N° 1807-2018-Cajamarca
- Recurso de Nulidad N° 1816-2018-Callao
- Recurso de Nulidad N° 2132-2018-Lima
- Recurso de Nulidad N° 2728-2016-Lima Sur

SENTENCIAS PLENARIAS

AÑO 2005

- Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A
- Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A

AÑO 2013

- Sentencia Plenaria N° 1-2013/301-A.2-ACPP

AÑO 2015

- Sentencia Plenaria N° 1-2015/301-A.2-ACPP

AÑO 2017

- Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CJ-433

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República
Profesor Principal De Derecho Procesal Penal de
La Pontificia Universidad Católica del Perú

Esta obra es una actualización de la segunda edición del año 2018. Contiene los acuerdos plenarios del 2005 hasta el presente año 2019; que suman un total de 69 acuerdos plenarios; 118 sentencias de casación; 2 consultas; 1 competencia; 1 queja; 89 recursos de nulidad y 5 sentencias plenarias.

Uno de los temas centrales, a la luz de los diversos procesales judiciales vinculados a los delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y organización criminal, son las medidas coercitivas de naturaleza personal como la prisión preventiva. Sobre este tópico tenemos el acuerdo plenario 01-2019/CIJ-116 donde se establece los requisitos de la prisión preventiva y sus plazos; tomando en cuenta criterios como la dimensión y complejidad de la investigación, gravedad y extensión del delito, la dificultad y cantidad de actos de investigación, la necesidad de realizar actividades periciales complejas, el comportamiento procesal de los imputados, el riesgo de fuga y el riesgo de obstaculización, entre otros.

Otro acuerdo plenario importante es el referido a los problemas concursales entre los delitos de trata de persona y delitos de explotación sexual. Se aborda las modalidades presentes en los delitos de explotación tales como la variedad de víctima, conductas progresivas, la no necesaria vinculación a una banda u organización teniendo presente que el sujeto activo del delito de trata de personas puede ser también sujeto activo del delito de explotación sexual.

También están presentes aquellas discusiones académicas y jurisprudenciales referidos a conceptualizar y diferenciar entre organización criminal, banda

criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal, todo lo cual se hace patente en el acuerdo plenario 08-2019/CIJ-116.

Sobre la configuración típica del delito de banda criminal conforme lo regulado por el artículo 317-B del Código Penal se tuvo en cuenta la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1244, el Glosario Policial contenido en el informe de gestión sobre mega operativos contra el crimen organizado, del año 2017. En este documento se postulan diferencias entre organización criminal y banda criminal a partir de su complejidad organizacional y su vocación de permanencia en el tiempo.

Asociado al tema de organización criminal debemos tener presente las técnicas especiales de investigación que se emplean para determinar los hechos a imputarse. El acuerdo plenario 10-2019/CIJ-116 analizas estas técnicas de investigación. Las técnicas especiales de investigación son aquellas que conllevan a una investigación de presuntos hechos delictivos sin alertar a los investigados. La utilidad de estas técnicas de investigación se da en los casos de actividades delictivas complejas de organizaciones o bandas criminales. Se debe tener en cuenta que estas organizaciones desarrollan sus actividades delictivas en escenarios cerrados, herméticos, razón por la cual la investigación requiere trasladarse a esos escenarios delictivos. Estas técnicas de investigación se encuentran reguladas en la norma procesal penal las que deben darse sin violentar los principios de legalidad, reserva, celeridad, pertinencia, especialidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad y proporcionalidad. También es materia de análisis el uso de drones y satélites en las investigaciones de organizaciones criminales, las mismas que también deben respetar un conjunto de principios constitucionales y legales. Inobservar estos principios puede conllevar al riesgo que las informaciones de importancia criminal obtenidas bajo estos métodos de investigación se tornen ilícitas.

La presente publicación constituye un esfuerzo por poner al alcance de la comunidad jurídica y de la población información jurisprudencial sistematizada que servirá de guía para la actuación de los operadores del derecho en sus diversos escenarios como el Ministerio Público, el Poder Judicial, abogados defensores, procuradores públicos, instituciones académicas, etc. Todo lo cual esperamos, los autores, sea de total y absoluta satisfacción de Uds. los usuarios de esta información.

Lima, noviembre del 2019

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

Presidente del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
Profesor de Derecho Procesal Penal y Criminología
Máster en Criminología
Doctor en Derecho

La utilidad de las compilaciones sistemáticas de las resoluciones judiciales que van construyendo la jurisprudencia nacional es que nos permiten conocer que el Sistema de Administración de Justicia viene siendo un actor importante en los problemas trascendentales de nuestro país.

Así, entre los diversos problemas que enfrenta la sociedad peruana está el referido a la violencia contra las mujeres. El Poder judicial, en concordancia con la intervención de otras instituciones públicas como el Ministerio Público, Ministerio del Interior, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, Ministerio de Salud, ha desarrollado un conjunto de acciones dedicados a combatir este fenómeno social. En ese sentido es de resaltar la labor jurisdiccional de nuestros magistrados en el Acuerdo Plenario 09-2019/CIJ-116. La agresión contra las mujeres, por tener tal condición, está condicionada por estereotipos de género, que vienen a ser un conjunto de reglas sociales que "regulan" el comportamiento de las mujeres. El acuerdo plenario aborda la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar; la aplicación del principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y la problemática de su punición. De manera concreta se analiza la aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio en los delitos de lesiones leves y agresiones contra las mujeres integrantes del grupo familiar; esto conlleva al juez a identificar las desigualdades sociales existentes para las mujeres y la forma como la violencia se materializa contra ellas, sobre todo dentro del ámbito familiar. Este contexto social debe ser valorado por el juez para comprender las situaciones de riesgos permanentes en las cuales se encuentras las mujeres; y, por tanto, debe

incorporar estos datos en el razonamiento judicial. El principio de oportunidad conforme lo regulado por la norma procesal penal, para guardar coherencia con la ley 30364 es inaplicable en los delitos de agresiones contra las mujeres y por ende tampoco son viables los acuerdos reparatorios. La gravedad de los delitos contra las mujeres está regida por un intenso interés público que conlleva la imposibilidad de la aplicación del principio de oportunidad y de acuerdos reparatorios.

En los diversos procesos judiciales por la comisión de delitos contra la administración pública, se ha generado una discusión sobre la naturaleza jurídica de los viáticos entregados a los funcionarios públicos y el delito de peculado. El Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 aborda este tema muy recurrente en la administración pública. La definición de viático es de aquel dinero que la administración pública entrega a un trabajador o funcionario público, para sus necesidades personales, a fin de que viaje, sea al interior o exterior del país, para cumplir con sus funciones. La omisión o deficiente rendición de cuentas de los gastos de viáticos ha generado procesos judiciales por doquier, sin tener la administración de justicia una posición definida sino muy al contrario tener diversas posiciones antagónicas.

El funcionario público debe gastar los viáticos para sus necesidades de alimentación hospedaje, movilidad, etc., sin más límites que el monto máximo de gasto permitido por día.

Aquellos casos en los cuales el funcionario no realizó la diligencia encomendada y el dinero entregado lo incorporó a su patrimonio personal estaremos ante un delito de falsedad; más si estamos ante una rendición de cuentas defectuosa en la justificación de gastos el escenario legal de verificación será el administrativo con la imposición de una sanción de orden administrativo. Es de aclarar que el dinero entregado a un funcionario público para efectuar pagos por bienes o servicios encomendados en el lugar de viaje corresponde a una partida presupuestal distinta de los viáticos. La confusión se da cuando estos dineros se entregan de manera conjunta con los viáticos.

Están presentes en esta obra recopilatoria, por lo demás, todas y cada una de las sentencias y pronunciamientos supremos y acuerdos plenarios hasta el año 2019; incluso aquellas que en los últimos meses han generado una gran controversia: el de las prisiones preventivas y el relativo a los de organización criminal, entre otros; de los cuales ya mi coautor, se ha ocupado de comentar. No hay nada o poco que nos haya faltado.

La publicación de la presente obra permitirá que los operadores del derecho comprendan el carácter dinámico de las decisiones judiciales y estos tengan en sus manos una herramienta fundamental para mantenerse en estado de aprendizaje constante y continuo. Se conoce el derecho no solo a través de las normas legales sino también a través de las resoluciones judiciales donde se encuentran las interpretaciones jurídicas que van desarrollando los jueces, como sujetos administradores de justicia.

Expreso los agradecimientos a la Dirección Académica del INPECCP, a sus investigadores y asistentes, por el esfuerzo titánico de sistematización de las resoluciones judiciales que conlleva a enriquecer el quehacer jurídico de nuestro país. Estamos seguros de que coadyuvamos de manera activa en la continua formación de los profesionales del derecho. Noble labor que desarrollamos con el solo interés de tener cada día un sistema de administración de justicia que satisfaga la sed de justicia de miles de justiciables.

Lima, noviembre del 2019

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

1. DE LA LEY PENAL

A. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL

01

§1. Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las Leyes, pudiendo escogerse la más favorable al reo

Acuerdo Plenario	N°2-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre de 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro y Molina Ordóñez.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Valdez Roca, Barrientos Peña, Vega Vega, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Peirano Sánchez, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Exposición de Motivos del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	10° al 13°

RESUMEN:

El principio de la unidad de leyes aplicables -ya fuese la ley precedente, la subsecuente, o la intermedia,- es sustituido por el ***principio de combinación****, que prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Con ello no se está creando una tercera Ley o Lex tertia, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad, sino que –por lo contrario- concuerda con el principio de necesidad de la intervención penal.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el SEGUNDO párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la "Ley Penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales", y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*.

7°. En igual sentido, el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la norma *normarum*, estatuye que "es principio y derecho de la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

8°. Asimismo, el artículo seis del Código Penal prescribe que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible; empero, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexa con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.

9°. Bajo esas premisas legales puede extraerse del texto de los citados preceptos que la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* -como regla general- o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto -cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos- debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo.

10°. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al "principio de combinación" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.

11°. Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer – dentro de las leyes penales- los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente- en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo.

12°. Cabe enfatizar que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas

más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular –en sentido benéfico- la intervención penal.

13°. Por lo demás, el legislador ha consagrado el ***"principio de combinación"*** en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que: *"En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de 'lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales' (artículo seis). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicables, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas"."*

02

§2. Concurso real retrospectivo

Recurso de Nulidad	1523-2016- AYACUCHO
Fecha	20 de febrero de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sánchez Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Arts. 50 y 51 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4º, 5º y 6º

RESUMEN:

1) El concurso real retrospectivo es una institución de derecho penal material; y, como tal, rige el principio de tempus comissi delicti: la norma aplicable es la de la fecha de comisión del delito. El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso real retrospectivo, son sin duda de carácter procesal y, por ende, rige el principio de tempus regit actum, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal.

2) La concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley del trece de mayo de dos mil seis, pues en los supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se asumió, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años.

3) Queda claro que si, por diversos factores, no se siguió esa consecuencia jurídico penal en el subsiguiente proceso, con el resultado anómalo de dos penas independientes entre sí, es del caso seguir el procedimiento incidental de ejecución de acumulación o unificación de penas, que a efectos procesales instauró la Ley ya derogada y que, luego,

el Código Procesal Penal la asumió como un incidente de ejecución específico, que con las últimas reformas del aludido concurso, ya no tiene razón de ser la refundición de penas, sino su acumulación o unificación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

CUARTO: Que, ahora bien, el concurso real retrospectivo es una institución de derecho penal material; y, como tal, rige el principio de *tempus comissi delicti*: la norma aplicable es la de la fecha de comisión del delito —la consecuencia jurídica es el efecto punitivo resultante de afirmar la existencia de tal concurso delictivo—. El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso real retrospectivo, son sin duda de carácter procesal y, por ende, rige el principio de *tempus regit actum*, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal.

No debe confundirse, por tanto, lo que implica en materia punitiva el concurso real retrospectivo inclusive, con el trámite que debe regular la decisión judicial para hacerla valer, según las circunstancias en que se invoque. Las reglas procesales, en todo caso, no resuelven los problemas propios del concurso real.

QUINTO: Que se ha entendido, aunque sin base normativa, que en caso de concurso real retrospectivo refundir importa incluir o comprender una pena en otra —la menor en la pena mayor o más grave— impuesta en distinto proceso —puras consecuencias de derecho penal material— (confusión o falta de armonía que se debe, como esclareció Hurtado Pozo, porque las normas procesales tienen fuentes legales distintas a las materiales —francesa la primera y holandesa la segunda—), cuando históricamente el concurso real asumió, en estos casos, la concepción de una nueva penalidad desde la perspectiva del delito más grave, al que debe tenerse presente para su incremento punitivo los hechos de la otra sentencia (véase: artículo 108 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro y originarios artículos 50 y 51 del Código Penal vigente). Para la fijación de la pena no se siguió el modelo de absorción puro, luego, no puede hablarse de Refundición, sino el de asperación: pena global aumentando la pena individual que correspondía al imputado por el delito más grave [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal Parte General, dos mil seis, página setecientos siete]. Ese modelo es el mismo para el concurso real retrospectivo [Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga: Manual de Derecho Penal Parte General II, página doscientos diecisiete].

En el presente caso, la concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley número 28730, de trece de mayo de dos mil seis, pues desde el día siguiente de esa fecha en los

supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se suman las penas concretas que corresponden a los delitos cometidos, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, que no puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Se asumió, en tal virtud, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años [García Cavero, Percy: Derecho Penal Parte General, dos mil doce, página setecientos ochenta y siete]. Así se determinó en el Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve, párrafo noveno.

SEXTO: Que, así las cosas, queda claro que si, por diversos factores —información oportuna de una pena ya impuesta—, no se siguió esa consecuencia jurídico penal en el subsiguiente proceso —y antes no medió acumulación por conexidad— con el resultado anómalo de dos penas independientes entre sí, es del caso seguir el procedimiento incidental de ejecución de acumulación o unificación de penas —ya no es posible, propiamente, la refundición, que es una denominación impuesta por la Ley número 10124, de veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, sin base de Derecho penal material vigente—, que a efectos procesales instauró la Ley ya derogada y que, luego, el Código Procesal Penal la asumió como un incidente de ejecución específico (artículo 488 apartado 5), que con las últimas reformas del aludido concurso, ya no tiene razón de ser la refundición de penas, sino su acumulación o unificación.

03

§3. Concurso real retrospectivo

Recurso de Nulidad	2116-2014- LIMA
Fecha	27 de agosto de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts 188 y 189 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	10° al 15°

RESUMEN:

Concurso real retrospectivo o posterior se produce cuando los delitos que componen un concurso real no son juzgados simultáneamente en el mismo proceso. Tomando en cuenta, pues, su especial configuración y regulación legal, para que se produzca un concurso real retrospectivo de delitos se requiere: a) Pluralidad de delitos independientes, b) El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos diferentes, c) Unidad de autor.

La pena concreta en estos casos debe construirse utilizando igual procedimiento que el contemplado paro el concurso real de delitos. Por tanto, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito en cada nuevo juzgamiento a aquellas que fueron impuestas en los juzgamientos precedentes.

DOCTRINA JURISPURDENCIAL

DECIMO: El concurso real de delitos tiene lugar cuando un mismo agente, con varias acciones independientes, comete también, sucesivamente, varios delitos independientes. Como esclarece con precisión VILLAVICENCIO

TERREROS: "El concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y, por ello, constituye la contrapartida del concurso ideal". Este tipo de concurso de delitos requiere, pues, para su realización, de los siguientes requisitos: a) Pluralidad de acciones. b) Pluralidad de los delitos imprudentes. c) Unidad de autor.

DECIMO PRIMERO: Para la determinación de la pena concreta en el concurso real de delitos el texto original del artículo cincuenta, del Código Penal, regulaba el siguiente procedimiento: Primero, para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Regía, pues, en esta primera fase, el Principio de Absorción. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes específicas que hacían posible definir la extensión de la pena concreta. Esto es, con ellos se podía graduar dicha pena, a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba, pues, el denominado Principio de Asperación.

DECIMO SEGUNDO: Ahora bien, la reforma introducida en el artículo cincuenta, por la Ley veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo de dos mil seis, incorporó como principio rector de la determinación de la pena en el concurso real de delitos al Principio de Acumulación. En consecuencia, para estos casos, en la actualidad la pena se determina desarrollando el procedimiento siguiente: Primero se debe definir una pena básica y una pena parcial para cada delito integrante del concurso. Esto es, inicialmente se señalará la pena básica, en atención a la penalidad conminada para el ilícito. Posteriormente, se definirá la pena concreta que corresponda a ese delito y a las circunstancias concurrentes en su comisión. Finalmente se sumarán las penas concretas parciales obtenidas para cada delito, lo que aportará como resultado la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena resultante deberá someterse a un examen de validación, a fin de verificar que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad. Que tampoco el resultado punitivo obtenido supere el doble de la pena concreta parcial obtenida para el delito más grave. Y que si uno de los delitos en concurso resulta sancionable con una pena concreta parcial de cadena perpetua, solo se considerará tal sanción privativa de libertad indeterminada como la única pena concreta del concurso de delitos, excluyéndose, en tal supuesto, las demás penas concretas parciales.

DECIMO TERCERO: Una forma especial de concurso real de delitos es denominado concurso real retrospectivo o posterior. Esta modalidad de concurso real, que está regulada en el artículo cincuenta y uno, del Código Penal,

se produce cuando los delitos que componen un concurso real no son juzgados simultáneamente en el mismo proceso. Esto es, si bien el mismo agente ha sido autor de varios delitos independientes, él fue inicialmente procesado y condenado solo por algunos de los delitos cometidos. Posteriormente, al descubrirse de manera sucesiva los delitos restantes, es decir, con posterioridad a la primera condena, ellos darán lugar a nuevos juzgamientos. Tomando en cuenta, pues, su especial configuración y regulación legal, para que se produzca un concurso real retrospectivo de delitos se requiere: a) Pluralidad de delitos independientes, b) El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos diferentes, c) Unidad de autor.

DECIMO CUARTO: Ahora bien, para la imposición de la pena en esta forma especial de concurso real de delitos se debe asumir como regla esencial y límite punitivo implícito, el que al agente no se le debe imponer como pena concreta final, luego de ser sometido a los juzgamientos sucesivos, una penalidad que resulte ser más grave o de mayor extensión que la que hubiese correspondido aplicarle de haber sido juzgado en el mismo proceso por todos los delitos que cometió y que integraron el concurso.

DECIMO QUINTO: En coherencia con dicho postulado, la modificación hecha al artículo cincuenta y uno, mediante la Ley veintiocho mil setecientos treinta, ha establecido que la pena concreta en estos casos debe construirse utilizando igual procedimiento que el contemplado paro el concurso real de delitos. Por tanto, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito en cada nuevo juzgamiento a aquellas que fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Esta operación se repetirá hasta agotar el número de los delitos en concurso. Sin embargo, el resultado de la pena concreta total del concurso real retrospectivo tampoco podrá sustraerse a los mismos límites de validación señalados en el artículo cincuenta para el concurso real.

04

§4. Concurso real retrospectivo

Recurso de Nulidad	3084-2015- LIMA NORTE
Fecha	2 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 47, 50 y 51 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3.1°

RESUMEN:

En casos de concurso real retrospectivo, al tenerse que cada delito juzgado posee como consecuencia jurídica una pena, éstas deberán empezarse a computar cuando la pena anterior haya sido cumplida, considerándose lo establecido en el artículo 47° del Código Penal referido al cómputo de la detención.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

3.1 SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN CASOS DE CONCURSO REAL RETROSPECTIVO.

3.1.1: El artículo 50° del Código Penal instaura la institución denominada "concurso real de delitos", que conforme lo señala la dogmática penal, "existe concurso real cuando el autor ha cometido varios delitos autónomos" –[JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEGEND. Tratado de derecho penal. Parte General. Volumen II. Trad. De Miguel Olmedo Cardenete. Lima: Instituto Pacifico. 2014, p. 1085]-. En otros términos, existe un concurso real de delitos

cuando el agente ha cometido varios delitos autónomos en diversos momentos, desarrollando para ello diferentes acciones. Así, el Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116, establece en su fundamento jurídico sexto, los presupuestos y requisitos legales para la configuración de esta institución: a) Pluralidad de acciones, b) Pluralidad de delitos independientes, y c) Unidad de autor. También precisa la existencia de concurso real de delios homogéneos, configurándose el primero cuando los delitos cometidos corresponden a una misma especie, y la segunda cuando los delitos realizados son de diferente especie.

3.1.2: Además, corresponde indicar que una particularidad de la citada institución en el denominado "concurso real retrospectivo", instaurado en el artículo 51° del Código Penal, referido a aquellos delitos que componen el concurso, pero que no fueron procesados al mismo tiempo en un solo juzgamiento. Asimismo, el citado Acuerdo Plenario, en su fundamento jurídico noveno, establece sus presupuestos: a) Pluralidad de delitos, b) Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso, y c) Unidad de autor. De esta manera, para la imposición de la pena en casos de concurso real retrospectivo, se tiene que el artículo 51° del texto penal, modificado por ley N° 28730 del trece de mato de dos mil seis, señala que: "(...) la pena fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años". En consecuencia, las penas concretas (parciales) que se obtengan en cada proceso judicial serán sumadas a las anteriores, debiéndose cumplir posterior e independientemente de las demás.

3.1.3: Al respecto, corresponde dilucidar sobre el inicio de la ejecución de cada una de las penas concretas parciales que constituyen el concurso real retrospectivo, debiéndose precisar que su computo están relacionadas al artículo 47° del Código Penal. El procedimiento de la individualización judicial de la pena para casos de concurso real de delios ha quedado precisado en la norma penal, teniéndose que se realizará un análisis de la pena para cada delito que configura el concurso, arribándose así a penas concretas parciales, las que se sumarán para obtener una pena concreta total. Situación que también resulta aplicable para el concurso real retrospectivo, conforme así lo señala el fundamento jurídico noveno del Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116.

3.1.4: En ese sentido, corresponde señalar que en casos de concurso real retrospectivo, al tenerse que cada delito juzgado posee como consecuencia jurídica una pena, éstas deberán empezarse a ejecutar cuando la pena anterior haya sido cumplida, considerándose lo establecido en el artículo 47° del Código Penal referido al cómputo de la detención. Por ejemplo: "X" cometió delito de robo en 2013, motivo por el cual empezó a ser procesado en 2015, dictándosele prisión

preventiva en su contra, siendo finalmente sentenciado en 2016 e imponiéndosele una pena privativa de libertad de diez años, la misma que en aplicación del artículo 47° del Código Penal, al tenerse que está en prisión desde 2015, vencerá el 2025. No obstante, posteriormente se descubre que cometió delito de falsificación de documento público en 2010, dictándosele prisión preventiva en 2019, siendo condenado en 2020 a ocho años de pena privativa de libertad. Aquí surge la pregunta: ¿desde cuándo se ejecuta (computa) la segunda pena? Conforme se señaló, se tiene que la primera pena concreta parcial vence en 2025, sin embargo, por este segundo delito el procesado sufrió prisión preventiva desde 2019 hasta 2020; en consecuencia, la pena por el segundo delito se iniciará a computarse en 2025; debiéndose restar el tiempo de prisión preventiva que sufrió el procesado por el proceso; por lo que, en este ejemplo, las penas se cumplirían en 2032.

05

§5. Jurisprudencia vinculante no significa modificación legal y no es de aplicación retroactiva

Recurso de Nulidad	1920-2006-PIURA
Fecha	08 de agosto de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 301°-A del ACPP

RESUMEN:

La modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal. Un supuesto cambio jurisprudencia ***no constituye cambio normativo*** *porque la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, sino que es solo un correcto reconocimiento de la misma. En consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.*

FUNDAMENTOS:

"**TERCERO:** Que, si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el ***Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/ CJ- ciento dieciséis***, el mismo que a tenor de los señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste ***no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal***, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencia no constituye cambio normativo porque, como

aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida. (Derecho Penal- Parte General, Editorial Civitas, Madrid, mil novecientos y nueve, página ciento sesenta y cinco); que en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad." (Sic.)

06

§6. Retroactividad benigna de la Ley penal y cambio de la doctrina jurisprudencial

Recurso de Nulidad	1500-2006-PIURA
Fecha	17 de julio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Derecho Penal	Retroactividad benigna de la ley penal y cambio de la doctrina jurisprudencial.
Disposiciones estudiadas	Arts.139°.13 de la Const., y 6° del CP.

RESUMEN:

La garantía de la cosa juzgada consiste en que emitida ***sentencia firme*** *ésta* ***no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables*** *referidos a modificaciones normativas más favorables ex post facto. El* ***cambio jurisprudencial no es un cambio normativo*** *pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva y por tanto no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley.*

FUNDAMENTOS:

"**QUINTO:** Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables – véase el inciso once del citado numeral constitucional- referidas a modificaciones normativas más favorables ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal ex post facto, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme –en sede de ejecución procesal- en el

proceso penal declaratorio de condena-; que es de precisar; lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que ***el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo*** (ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva), menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles [en realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del derecho penal ni al principio de confianza (Derecho Penal- Parte General, ARA editores, Lima, dos mil cuatro, página ciento treinta y tres)], así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena." (Sic.)

07

§7. Sustitución de penas por retroactividad benigna

Sentencia Plenaria	Nº 2-2005/DJ-301-A
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villa, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega, Príncipe Trujillo y Sivina Hurtado.
Disposiciones estudiadas	Art. 6º del CP

RESUMEN:

Cuando una nueva ley ***disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior debe ser sustituida****. De esta manera, si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecido en la nueva ley. Análogamente, si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior, la nueva pena debe imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en ella. Todo ello guardando el respeto a los principios de proporcionalidad y legalidad.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** El artículo 6° del Código Penal consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable. En caso de conflicto en el tiempo de leyes penales debe aplicarse la ley más favorable, incluso cuando media sentencia firme de condena, en cuyo caso –en tanto la pena subsista, está pendiente o en plena ejecución- "...el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde,

conforme a la nueva ley" –si la nueva ley descriminaliza el acto, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho, tal como dispone el artículo 7° del Código acotado-. Se trata en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa juzgada.

7°. La Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, reordenó la Sección II –tráfico ilícito de drogas- del Capítulo III –delitos contra la Salud Pública- del Título XII –delitos contra la Seguridad Pública- del Libro II del Código Penal. Entre otros tipos legales, modificó el artículo 296°, que es el tipo básico, a cuyo efecto independizó el supuesto de posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito, y perfiló el de tráfico de precursores; en esos casos, en comparación con la norma originaria, disminuyó la pena conminada. Asimismo, modificó el artículo 297°, que instituía las circunstancias agravantes, reordenando alguna de ellas y agravando otras en relación con las últimas normas vigentes con anterioridad, esto es con las Leyes número 26223 y 26619. Es así que, en el caso del citado artículo 297°, para sus siete supuestos disminuyó la pena, de veinticinco años de privación de libertad –fijado en la legislación anterior- a quince años como mínimo y veinticinco años como máximo, sin alterar las penas de multa e inhabilitación; y, para los jefes, dirigentes o cabecillas de un organización dedicada al tráfico de drogas o insumos para su elaboración, al igual que si el agente se vale del tráfico de drogas para financiar actividades terroristas, fijó una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

8°. Los problemas que se han venido presentando, y que específicamente han dado lugar a Ejecutorias Supremas discrepantes, se centran en determinar si dado el supuesto de condenas en ejecución por los supuestos del artículo 297° del Código Penal cómo debe procederse según el artículo 6° del Código acotado. O más específicamente, sobre el entendido que es de aplicación la ley más favorable, en este caso, la Ley número 28002, que para determinados supuestos típicos prevé una pena privativa de libertad más benigna, cómo opera la sustitución de la sanción por la que corresponde conforme a la nueva ley, qué pena en concreto debe imponerse, en tanto la ley no fija pautas específicas sobre el particular.

9°. Una primera directiva, de carácter general, que se advierte del propio artículo 6° del Código Penal, es que si se llega a la conclusión que la nueva ley es más favorable que la anterior y que, en todo caso, ésta importa una pena menor, el Juez debe sustituir la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley. Si la ley es más benigna porque conmina el hecho típico con una sanción menor, entonces, necesariamente debe sustituirse la pena impuesta

por otra de menor efecto lesivo. En estos casos, el Juez no puede optar por una decisión distinta. La variación del marco punitivo –pena legal abstracta-, desde una perspectiva de favorabilidad, tiene como efecto imprescindible que la pena impuesta varíe.

10º. Otra directiva, también de carácter general, tiene que ver con el ámbito de la cosa juzgada. La inmutabilidad de la sentencia firme de condena, con excepción de la pena – si, desde luego, la variación legal incide en ese sólo ámbito-, debe ser respetada. Y ésta tiene lugar en la declaración de hechos probados y en la precisión de las circunstancias y factores formalmente considerados en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la pena: todas las circunstancias de atenuación, incluidas las especiales o excepcionales, y las eximencias imperfectas, que en su conjunto autorizan una pena por debajo del mínimo legal, así como otras consideradas puntualmente en la sentencia que -a juicio de la Sala de ese entonces- justificó una pena determinada. Desde ese límite, no corresponde al Juez que califica la sustitución cuestionar o no aplicar los criterios, formalmente firmes y expresados en la sentencia que formulara en su día el Tribunal que emitió el fallo.

11º. En tal virtud, si el Tribunal anterior impuso el mínimo legal o el máximo legal según la ley anterior el Tribunal de la sustitución no tiene otra opción que adaptar la pena a los mínimos o máximos legales previstos por la nueva ley, en tanto en cuanto –claro está- que esos parámetros sean inferiores a la ley anterior. Asimismo, siguiendo esa misma pauta metodológica, cuando el Tribunal anterior impuso una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior, es obvio igualmente que el Tribunal de la sustitución debe imponer una pena por debajo del nuevo mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la nueva ley.

Esos son límites o parámetros estrictos que circunscriben el poder de cognición y el ámbito de enmienda de la sentencia anterior por el Tribunal de la sustitución, que se justifican por el reconocimiento de los principios rectores de la cosa juzgada y de la propia favorabilidad que informa la institución de la sustitución.

12º. Finalmente, como se ha indicado en la última parte del párrafo anterior, puede darse el caso que el Tribunal originario imponga una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior. La pena, sin duda, debe sustituirse siguiendo esos criterios y resultados, pero como no existen reglas tasadas sobre el particular –ni es posible instituirlas en razón al sistema de determinación legal relativa de la pena del Código Penal-, de

cómo operar en esos casos para llegar a una pena sustituida concreta, el Tribunal de la sustitución debe graduarla en función a los factores y circunstancias señaladas en la sentencia y que fluyen de autos, específicamente los artículos 45° y 46° del Código Penal, con estricto respeto al principio de proporcionalidad referido a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido. Otros factores a ponderar serán también, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin estimarlo como el factor el principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

(... Así, se establece) la siguiente doctrina legal, respecto a la aplicación del artículo 6° del Código Penal en relación con la Ley número 28002:

1°. Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida;

2°. La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables;

3°. La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad;

4°. Si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y,

5°. Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo afecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, así como las demás previstas en la Ley e incorporadas en la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el

factor el principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario."

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

1. Insisto en las consideraciones y conclusiones que, en su oportunidad, consigné en mi voto singular recaído en el recurso de nulidad número 130-2005, del veintisiete de abril de dos mil cinco, que precisamente dio lugar a la convocatoria al Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de este Supremo Tribunal.

2. Ante la entrada en vigencia de una ley penal que conmine la infracción penal con una pena menor considero que ineludiblemente la pena impuesta en la sentencia que está ejecutándose debe ser sustituida, aunque respetando tanto (1) las consecuencias necesarias de la cosa juzgada: hechos declarados probados y las circunstancias reconocidas como relevantes en orden a la individualización de la pena en el fallo cuya revisión se pide, cuanto (2) el principio de proporcionalidad de la pena y los criterios de individualización judicial de la pena.

3. Para la fijación de la nueva pena, y en tanto es de descartarse de plano que se efectúe cualquier tipo de revalorización que lleve a imponer una nueva pena concreta, debe asumirse las siguientes reglas de sustitución:

a) si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal;

b) si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal;

c) si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo 296° del Código Penal); y

d) si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo m máximo de la pena del tipo base (artículo 296° del Código Penal) no se podrá reducir la pena.

08

§8. Aplicación retroactiva del sistema de tercios

Casación	400-2018-CUSCO
Fecha	28 de marzo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 6 del CP.

RESUMEN:

i) Las normas penales que establecen los mecanismos para la determinación judicial de la pena tienen naturaleza sustantiva. En su aplicación rige el principio tempus comissi delicti y, por tanto, no son retroactivas, salvo la excepción prevista en el artículo 6 del Código Penal y el artículo 103 de la Constitución Política del Perú. ii) Al surgir un conflicto de leyes penales en el tiempo y la posibilidad de aplicar retroactivamente este mecanismo de determinación de pena, subyacen deberes de control jurisdiccional y actuación tanto para el juez como para las partes procesales. iii) La mera alegación de perjuicio no genera estado ni determina la nulidad del razonamiento que establece el giro punitivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Determinación del supuesto en el motivo casacional previsto en el inciso 3 del artículo 429 del NCPP

1.1. El inciso 3 del artículo 429 del NCPP establece como causa de casación la siguiente: "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una

errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación".

1.2. La estructura del mencionado precepto permite establecer los siguientes supuestos:

1. Si la sentencia importa una indebida aplicación de la ley penal.
2. Si la sentencia importa una errónea interpretación de la ley penal.
3. Si la sentencia importa una falta de aplicación de la ley penal.
4. Si la sentencia importa una indebida aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
5. Si la sentencia importa una errónea interpretación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
6. Si la sentencia importa una falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
7. Si el auto importa una indebida aplicación de la ley penal.
8. Si el auto importa una errónea interpretación de la ley penal.
9. Si el auto importa una falta de aplicación de la ley penal.
10. Si el auto importa una indebida aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
11. Si el auto importa una errónea interpretación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.
12. Si el auto importa una falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal.

1.3. La pretensión del casacionista se enmarca en el supuesto número uno, esto es, la indebida aplicación de la ley penal, y se refiere al empleo retroactivo del sistema de tercios implementado en la Ley número 30076, que configuraría una indebida aplicación de la citada modificación normativa, así como del artículo 6 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 6.

La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la

sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

SEGUNDO. Retroactividad del sistema de tercios para la determinación judicial de la pena

2.1. Evaluada la sentencia de vista, anotamos que el considerando referido a la determinación judicial de la pena, en efecto, emplea el denominado sistema de tercios, mediante el cual se divide en tres segmentos la pena legal prevista en el Código Penal y, a partir de ello, operan las atenuantes y/o agravantes que prevé el artículo 45-A del Código Penal, para finalmente situarla en alguno de ellos.

2.2. Es importante anotar que tal sistema fue implementado por la Ley número 30076 –Ley que modifica el Código Penal con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana–, publicada en el diario oficial El Peruano el diecinueve de agosto de dos mil trece, y es posterior a la fecha de comisión del hecho. Por tanto, como refiere el casacionista, se produjo una aplicación retroactiva de la ley penal.

2.3. Las normas penales que establecen los mecanismos para la determinación judicial de la pena tienen naturaleza sustantiva. En su aplicación rige el principio tempus comissi delicti. Por tanto, no son retroactivas[1], salvo la excepción prevista en el artículo 6 del Código Penal y el artículo 103 de la Constitución Política del Perú[2]. En ese sentido, razonadamente, el impugnante reclama la aplicación indebida de la norma penal, pues al tiempo de la comisión de los hechos el sistema de tercios no estuvo vigente.

2.4. Sobre la base de un proceder excepcional, en la actuación funcional, al surgir un conflicto de leyes penales en el tiempo y la posibilidad de aplicar retroactivamente este mecanismo de determinación de pena, subyacen deberes de control jurisdiccional y actuación tanto para el juez como para las partes procesales de la siguiente forma:

---

[1] Tal conclusión ya fue expresada por la Corte Suprema en las ejecutorias supremas expedidas en los siguientes recursos de nulidad: 726-2016/Lima y 742-2017/Lima.

[2] Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

ACTOR		DEBER
Magistrado		Emitir pronunciamiento respecto a la favorabilidad de la aplicación retroactiva del sistema de tercios.
Sujetos procesales	Ministerio Público	Fundamentar en su requerimiento las razones por las que demanda al juez la aplicación retroactiva del sistema de tercios, así como la favorabilidad para el imputado.
	El imputado y su abogado	Expresar cuestionamientos, en el momento oportuno, respecto al perjuicio que le ocasiona la aplicación del sistema de tercios, sobre la base de la aplicación del principio de legalidad.

2.5. Los citados deberes de control, implícitos en el ejercicio de la función y en los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa, no fueron ejercitados a nivel superior. Por tanto, la mera alegación de perjuicio no genera estado ni determina la nulidad del razonamiento que establece el giro punitivo.

TERCERO. Análisis de perjuicio en la aplicación retroactiva operada por la Sala Superior

3.1. En el caso juzgado se han imputado múltiples tipos penales –homicidio culposo y lesiones culposas graves–, y se ha producido un supuesto concurso ideal de delitos cuya regulación se halla establecida en el artículo 48 del Código Penal: "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta última hasta en una carta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años".

3.2. La sentencia de primera instancia impuso a Cuéllar Cano cuatro años de privación de libertad suspendida únicamente por el tipo penal de homicidio culposo, mas no evaluó la concurrencia delictiva imputada inicialmente atribuida, defecto corregido en el pronunciamiento de segunda instancia, en el que se advirtió la imputación establecida en el requerimiento de acusación porque se garantizó al sentenciado el ejercicio de su derecho de defensa.

3.3. La sentencia de vista ratificó la decisión emitida en primera instancia, esto es, la imposición de la pena mínima como consecuencia de la comisión del delito de homicidio culposo, y a ella incrementó la pena en razón al

concurso ideal con el delito de lesiones culposas graves, esto es, operó de pleno derecho ante una omisión trascendente en la que incurrió la judicatura de primera instancia.

3.4. Como expresó el representante del Ministerio Público, los tipos penales materia de imputación fueron homicidio culposo, que tiene como pena la privación de libertad por un periodo no menor de cuatro ni mayor de ocho años; en tanto que las lesiones culposas graves prevén la privación de libertad por un periodo no menor de cuatro ni mayor de seis años.

3.5. Descritas las sanciones, se aprecia que la pena mayor la tendría el homicidio culposo. Entonces, respecto a tal extremo, ocho años de privación de libertad, se debe incrementar la cuarta parte, esto es, dos años, los cuales deben ser sumados a la pena mínima fijada por el delito de homicidio culposo, resultando así la pena de seis años de privación de libertad, como en efecto procedió a establecer la Sala Superior.

3.6. Nótese que la aplicación del sistema de tercios no resultó trascendente para la fijación del quantum de la pena que cuestiona o el carácter de su ejecución, esto es, los seis años de privación de libertad efectiva. Por tanto, no hubo perjuicio con la aplicación del mencionado mecanismo, tanto más si con o sin ella la pena impuesta es la mínima, y no concurren adicionalmente causas de disminución de punibilidad ni atenuantes privilegiadas que permitan establecer una reducción cuantitativa o variación cualitativa respecto a la sanción fijada.

3.7. En consecuencia, aun habiéndose aplicado formalmente la regla de los tercios prevista en la ley N° 30076 de manera retroactiva, esta aplicación se hizo sobre la base del parámetro inferior, que lo beneficia; y el cálculo de pena no perjudicó al procesado debido a que la primera instancia no consideró el concurso ideal de delitos y las penas establecidas en el Código Penal para estos dos delitos, en su extensión más grave, están por encima de la pena razonable que se ha impuesto. Por tanto, no hay causa trascendente para casar la sentencia de vista.

CUARTO. Costas procesales

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 504 del NCPP, corresponde imponer las costas procesales al recurrente.

09

§9. Rechazo de solicitud de sustitución de pena

Recurso de nulidad	1816-2018-CALLAO
Fecha	14 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 6 del CP.

RESUMEN:

La solicitud de sustitución de pena solo es procedente si durante la ejecución de la sentencia se dictara una ley más favorable al encausado, que modifique los alcances punitivos de los delitos por los que fue condenado, lo cual no ocurrió.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

El procesado MILTON URQUIETA ÁLVAREZ, al fundamentar su recurso de nulidad (foja cuatro mil seiscientos cincuenta y ocho), alegó que:

1.1. El auto adolece de falta de motivación pues no se resolvieron sus tres petitorios (adecuación del tipo penal, recálculo de la pena y aplicación del principio de in dubio pro reo).

1.2. Existe incongruencia entre las sentencias dictadas durante el proceso, ya que en algunas se considera a los intervinientes cómplices secundarios y, en otras, coautores. Esto tuvo repercusión en la pena impuesta a los otros

encausados, la cual fue de nueve años, mientras que se le impuso quince años.

1.3. La acusación fiscal fue realizada por el delito previsto en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal (tipo base); sin embargo, se le sentenció por la agravante del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal.

1.4. Durante el proceso no se acreditó con algún medio de prueba que en su intervención haya existido mala fe, únicamente se le acusa por realizar una llamada telefónica y ser garante del alquiler de un departamento.

1.5. La sentencia carece de una debida motivación pues pese a tener la misma condición que sus coacusados se le impuso una pena superior. Asimismo, se le condenó por la agravante del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal al considerarlo parte de una organización internacional, pero ello no se acreditó y conforme con el Acuerdo Plenario N.° 03-2005/CJ116 se requiere la concertación de todos los intervinientes, por lo que no se le debió condenar por dicha agravante.

1.6. Con la incorporación del artículo 45-A del Código Penal, el cual regula la determinación judicial de la pena, le correspondería una pena por debajo del mínimo legal.

1.7. Se hace referencia a la cosa juzgada sin examinar el derecho vulnerado, pues merece conocer las razones por las cuales se le impuso una pena tan alta.

SEGUNDO. ANTECEDENTES

Mediante sentencia del veintinueve de enero de dos mil nueve (foja cuatro mil ciento cuarenta y dos), se condenó al recurrente Milton Urquieta Álvarez como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado, y le impusieron quince años de pena privativa de libertad. Mediante ejecutoria suprema, recaída en el Recurso de Nulidad número dos mil ochocientos setenta y siete-dos mil seis (foja cuatro mil doscientos nueve), se declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida (condena y pena impuesta).

TERCERO. ANÁLISIS DEL CASO

3.1. La garantía de la cosa juzgada reconocida en el inciso trece, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Estado, establece que una sentencia firme no puede ser alterada o modificada; sin embargo,

la propia norma fundamental, en el inciso once del artículo citado, prevé la posibilidad de aplicación de la ley más favorable al procesado, supuesto que se encuentra referido a las modificaciones normativas más favorables dadas con posterioridad; de conformidad con el segundo párrafo, del artículo seis, del Código Penal[3]. En ese orden de ideas, solo podrá evaluarse la procedencia o no de una solicitud de sustitución de pena, cuando esta se encuentra basada en un supuesto de cambio legal emitido posteriormente.

3.2. En el presente caso, el recurrente deduce diferentes cuestionamientos referidos al título de participación de sus coprocesados, que la sentencia condenatoria lo habría condenado por una agravante por la cual no hubo acusación, que no se acreditó debidamente su responsabilidad penal y no se habría sustentado la imposición de la agravante por la participación de tres o más personas en el ilícito perpetrado; no obstante, estos argumentos son inconducentes, pues se refieren a aspectos de hecho y derecho que fueron debatidos y determinados al emitir su sentencia condenatoria y no constituyen un supuesto de sustitución de pena; en tanto no se sustentan en una modificación normativa que pueda resultarle favorable.

3.3. En cuanto a su alegato referido a que la resolución recurrida no habría contestado todas sus pretensiones, esta carece de sustento, pues se aprecia de los fundamentos jurídicos decimoquinto a decimoctavo de la resolución recurrida, que se dio respuesta individualizada a cada una de las alegaciones que sustentaron su solicitud.

3.4. Finalmente, a su alegación referida a la incorporación del artículo 45-A del Código Penal, de cuya aplicación habría resultado la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, se debe precisar que el referido artículo, si bien se encuentra dentro del cuerpo normativo penal sustantivo, su sentido y aplicación es de naturaleza netamente adjetiva. En tanto no se trata de una norma sustantiva que modifique el marco abstracto de punibilidad del delito por el cual fue condenado sino de criterios a tomar en cuenta durante el procedimiento judicial de determinación de la pena. Y al tratarse básicamente de una norma de carácter procesal, su aplicación se efectúa desde el día siguiente de su promulgación.

---

[3] "[...] Si durante la ejecución de la sanción se dictara una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme la nueva ley".

3.5. En conclusión, no resulta aplicable el artículo seis del Código Penal, pues no se advierte una modificación de la ley penal que resulte más beneficiosa al encausado, al no haberse promulgado dispositivo legal alguno que declare atípica la figura penal por la cual fue condenado o haya variado el marco punitivo abstracto.

10

§10. Excepción de Cosa Juzgada en los delitos de Asociación Ilícita para delinquir

Acuerdo Plenario	4-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre de 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Valdez Roca, Barrientos Peña, Vega Vega, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez, Peirano Sánchez, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts.14º.7 del PIDCP; 139º.13 de la Const.; 78º, 90º y 317º del CP.; y 5º del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

*La cosa juzgada, en sus **límites objetivos**, requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico como del mismo fundamento, lo que abarca también el caso de concursos de leyes y concursos reales de delitos o de ilícitos administrativos, excluyendo los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo. En lo que corresponde a sus **límites subjetivos**, la identidad que se exige es la del condenado (identidad pasiva) y nunca la del acusador (identidad activa).*

*Especial cuidado merece el delito de **asociación ilícita** para delinquir, en tanto **no se le debe confundir con los delitos que son realizados por medio de él**, lo que implica que el análisis de la excepción de cosa juzgada **debe tener en cuenta que el delito de asociación es un delito autónomo e independiente de los delitos que a través de él se cometen.** En este sentido, su consumación se concretará desde*

el momento en que se busca una finalidad que era delictiva desde su inicio y no en el transcurso del desenvolvimiento societario en el que se cometen infracciones.

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al ius puniendi del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.

7°. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14°, inciso 7), estatuye que: *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país".*

8°. La Constitución Política del Estado en el artículo 139°, inc.13, establece que: *"La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efecto de cosa juzgada".*

9°. El Código Penal en su artículo 78°, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: *"La acción penal se extingue:...2) Por la autoridad de cosa juzgada".* Esta norma hace referencia a la denominada eficacia negativa de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.

10°. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90° afirma que: *"Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente". Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.*

11°. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5° del Código de Procedimientos señala: *"Contra la acción penal puede deducirse las excepciones...de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona".*

Ello significa, en cuanto a los **límites subjetivos de la cosa juzgada**, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es,

a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme – nunca la activa o del acusador- [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber-derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado].

Respecto a los **límites objetivos de la cosa juzgada**, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa- [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento –que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo- . Esto último –la denominada "consideración procesal del hecho"- debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

12°. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317° del Código Penal. Dice la citada disposición: *"El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años..."*.

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de ***(a)*** Relativa organización, ***(b)*** Permanencia o estabilidad. ***(c)*** Número mínimo de personas sin que se materialice sus planes delictivos.

En tal virtud, ***el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva***, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico

distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

13°. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar."

B. APLICACIÓN PERSONAL

11

§11. Principio de igualdad ante la ley

Recurso de Nulidad	4166-2004- LIMA
Fecha	27 de abril de 2005
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Balcázar Zelada, Barrientos Peña. Vega Vega, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 10° del CP

RESUMEN:

La administración puede ser dañada no solo por los intraneus que se encuentran en una situación prevalente en relación al bien jurídico, sino también por los particulares que se encuentran fuera del sistema administrativo; de ahí que ambos responden como participes por haber generado riesgos prohibidos; de este modo es como se materializa el principio constitucional de igualdad ante la ley, y por ende a ser sancionados sin prelación alguna.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, los integrantes de este Supremo Tribunal, circunscribiéndose al primer párrafo del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, sólo pueden pronunciarse con relación a los extremos impugnados debidamente, en este caso por parte del encausado Andrónico Mariano Luksic Craig, conforme es de verse del escrito anexado a fojas doscientos cuarenticinco del presente incidente, en observancia del principio de la no reforma en peor - "non reformatio in peius"- contenido en el indicado dispositivo legal;

SEGUNDO. Que, se atribuye a los imputados Andrónico Mariano Luksic Craig, Gonzalo Menéndez Duque y Luis Fernando Pacheco Novoa, haber cometido el delito de tráfico de influencias al haberse coludido con Vladimiro Montesinos Torres para los efectos de obtener beneficios y resultados favorables en los problemas legales que venía afrontando la Empresa "Lucchetti" Perú Sociedad Anónima con la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana, para cuyo fin los dos primeros sostuvieron en forma directa una serie de reuniones, debido a que el último de los referidos, en su condición de Gerente General y Asesor Legal de la mencionada empresa, solamente es citado en tales conversaciones, las que en algunos casos fueron grabadas en cinta de vídeo y audio, las mismas que datan del ocho de enero, diez de febrero, cinco y seis de marzo de mil novecientos noventiocho, concretándose tal objetivo al dictarse la Resolución de Alcaldía número seis mil ochocientos cincuenta-noventiocho, expedida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventiocho, a través de la cual se otorgó la licencia de funcionamiento a indicada empresa;

TERCERO. Que, el artículo cuatrocientos del Código Penal, que prevé el delito de Tráfico de Influencias, señala taxativamente que "El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"; tipo penal en el que se subsume los medios (presupuesto fáctico) realizados por los imputados para poder obtener una ventaja;

CUARTO. Que, es preciso dejar anotado que la institución de la prescripción, según lo establecido en el inciso primero del artículo setentiocho del Código Penal, es una de las formas de extinción de la acción penal y conforme a lo previsto en el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, dicho medio de defensa puede deducirse en cualquier estado del proceso y ser resuelto, inclusive, de oficio por el órgano jurisdiccional, conforme a la facultad descrita en el artículo trescientos del indicado Código Adjetivo, lo que no resulta de aplicación en el caso sub-examine;

QUINTO. Que, para resolver la presente impugnación se requiere precisar que la Ley Nacional (artículo veinticuatro del Código Penal) ha conminado para el instigador la misma pena que para el autor, pues no considera que su intervención sea de mera ayuda, sino mucho más importante y eficiente (por eso, en estos casos existe doble dolo);

SEXTO. Que, la participación de los particulares en los delitos especiales de infracción de deber, se fundamenta en virtud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico administración pública, es decir, en la infracción del deber de no dañar, esto es, que la administración puede ser dañada no sólo por los *intraneus* que se encuentran en una situación prevalente en relación al bien jurídico, sino también por los particulares que se encuentran fuera del sistema administrativo; de ahí que ambos responden como participes por haber generado riesgos prohibidos; de este modo es como se materializa el principio constitucional de igualdad ante la ley, y por ende a ser sancionados sin prelación alguna: los funcionarios públicos como autores y los segundos como participes; que, tampoco se violenta el principio de legalidad, pues, si bien ello impide que los particulares sean considerados autores de delitos especiales (por que los tipos solo se dirigen a los funcionarios, salvo la corrupción del artículo cuatrocientos del Código Sustantivo en que puede ser cometido por cualquiera), no restringe la participación de ambos en la comisión de un delito especial; que la calidad de agente no tiene relevancia en las reglas de participación; el status de *intraneus* sólo es importante para los efectos de la autoría, en cambio, en la participación lo que determina la imputación es la creación de riesgos de peligro o de lesión sobre el bien jurídico;

SÉTIMO. Que en tal orden de ideas, no debe entenderse que el Código hace del instigador un autor, sino que equipara en cuanto a la pena a los instigadores con los autores; que, en efecto, se imputa a Andrónico Luksic que, conociendo del poder real y político que tenía Montesinos Torres en el Poder Ejecutivo y, Judicial en particular, se contactó con él para motivarlo e instigarlo, sostenida y resueltamente, con ofertas dinerarias incluidas, a efecto de que los jueces fallaran a favor de la Empresa "Lucchetti" Perú Sociedad Anónima y en contra de la Municipalidad Provincial de Lima. En consecuencia no solo la pena, sino también la prescripción, ha de tener el mismo tratamiento que la que corresponde a Montesinos Torres, puesto que no existe en el caso sub materia, la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades que solo afectan a los autores; en tal orden de ideas, se declara improcedentes los agravios del impugnante;

OCTAVO. Que, conforme a lo antes expuesto, no es pertinente pronunciarse sobre las peticiones formuladas en esta instancia por los abogados de Luis Fernando Pacheco Novoa, para que se resuelva esta incidencia conjuntamente con la número cuarentiuno treinta-dos mil cuatro y, de Gonzalo Menéndez Duque, adhiriéndose al presente recurso de nulidad; Noveno.- Que, en ese sentido, tenemos que los hechos denunciados se perpetraron entre el ocho de enero de mil novecientos noventiocho (fecha en que se produjo la reunión con Vladimiro

Lenin Montesinos Torres en el Servicio Nacional de Inteligencia - SIN -) y el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventiocho (fecha de la Resolución de Alcaldía número sesentiocho cincuenta-noventiocho-MDCH., expedida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos a través de lo cual se otorgó la Licencia de Funcionamiento de la fábrica); que dentro de esa perspectiva, debe enfatizarse que el hecho del partícipe, en este caso del instigador, no es independiente al del autor, extendiéndose a aquél todos los elementos positivos y negativos del tipo penal realizado por este último, entre los cuales se encuentra la institución de la prescripción.

2. EL HECHO PUNIBLE

A. BASES DE PUNIBILIDAD

12

§12. Las rondas campesinas y el Derecho Penal

Acuerdo Plenario	1-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Valdez Roca, Rodríguez Tineo, San Martin Castro y Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 14°, 15°, 20°.8 y 21° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 17°

RESUMEN:

Partiendo de lo dispuesto en el Artículo 149º de la Constitución, se asume que desde una perspectiva general las Rondas Campesinas forman parte de un Sistema Comunal propio, y por ello, constituyen una forma de autoridad comunal en el ámbito rural del país en que se desenvuelven, independientemente de su integración a Comunidades Campesinas o Nativas preexistentes.

En este sentido, considerando que el texto constitucional reconoce que los pueblos con una tradición e identidad propias -en el ámbito rural- pueden resolver sus ***conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones****, y que el artículo*

8º, 2 del Convenio Nº 169º de la OIT establece que estos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; las Rondas Campesinas –al actuar en un espacio geográfico predeterminado y hacerlo conforme al derecho consuetudinario- deben tener como correlato funciones jurisdiccionales condicionadas al cumplimiento de un conjunto de elementos: A) Humano, B) Orgánico, C) Normativo, D) Geográfico; considerándose también el factor de congruencia, que establece la aplicación del derecho consuetudinario ***con estricto respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales.***

De producirse violación de dicho contenido esencial, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar si una conducta ilícita se ha producido en el marco del control penal comunal rondero, y de ser el caso, aplicar la ley penal a los imputados miembros de la Ronda Campesina. Para la determinación de la responsabilidad el Juez deberá analizar si la conducta resulta atípica (como en los supuestos de usurpación de funciones o secuestro), si concurre alguna causa de justificación (fundamentalmente la prevista en el Artículo 20º,8 del Código Penal, aplicando el test de proporcionalidad), o si de acuerdo con los factores culturales que influyeron en el actuar del imputado, se puede establecer la impunidad de su conducta o la atenuación de la pena que le corresponde (en base a la aplicación de los artículo 14º,15 o 21º del Código Penal). Por último deberá graduar la pena considerando el principio de adecuación de las medidas de reacción social (establecido en el Artículo 10º del Convenio Nº 169 de la OIT).

FUNDAMENTOS:

1. Aspectos generales.

6°. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2°.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado-. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y (ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos

fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental. Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del „Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989"-en adelante, el Convenio-, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas –en adelante, la Declaración-, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2°,"b" del Convenio, artículo 5° de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34°). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente- las clausulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009). La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149° de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración

de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico –entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: La otra justicia: a propósito del artículo 149° de la Constitución peruana. En Desfaciendo Entuertos, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

7°. El artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funciona, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas y Nativas –nacen de ellas e integran su organización-; y en SEGUNDO lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado-aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX-, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las

propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes-

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso, han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo- y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna los vinculados al control penal en tanto en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica –aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio-culturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como "reconciliadora" y ejercer mecanismos tradicionales de resolución de conflictos; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal.

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que

los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia-. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados-, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido –aun cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial –la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: La prueba, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]-, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario –normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: Apuntes sobre el artículo 149° de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos. En: Desfaciendo Entuertos, Lima, octubre 1994, página 21]- en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1°), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio

incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: ¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones –el artículo 8°.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1° de la Ley número 27908 –en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)- ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1° preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas,

sino que vienen „propiciadas" por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

Alcance de la Jurisdicción Especial Comunal-Rondera:

9°. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado „fuero especial comunal", en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible –a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

A. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.

B. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

C. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura

comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.

D. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

10°. El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

A. Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.

B. Si el sujeto -u objeto- pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera –se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas-, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta –y, por ende, la exclusión del

Derecho penal-, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.

C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito cultural, esto es, (i) que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional-; y (ii) que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

11°. El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate. En: Anuario de Derecho Penal 2006,

página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de "previsibilidad" para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

12°. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba (i) a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o (ii) a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar –si correspondiere- la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; (vi) la aplicación de sanciones no conminadas por el

derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

El Rondero ante el Derecho Penal

13°. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanan del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: Obra citada, página 97]:

A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).

B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20°.8 del Código Penal –en adelante, CP-: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta- se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361° CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152° CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186°, párrafo 2, inciso 1, y 317° CP). Efectivamente, su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que

reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción-.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152° CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

14°. Cuando no sea posible esta primera posibilidad –la atipicidad de la conducta-, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20°.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto –situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados- y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

15°. Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó –la condición de tal del rondero incriminado-, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero

tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere- (i) la impunidad del rondero, (ii) la atenuación de la pena, o (iii) ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar (i) sin dolo –error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; (ii) por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o (iii) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: Inimputabilidad penal por diversidad cultural. En: Imputación y responsabilidad penal, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14° y 15° del CP.

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15° CP –que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños-, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad „oficial" como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

16°. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca.

En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20°.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14° CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15° CP) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: Culpabilidad-responsabilidad. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP- Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353], si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

A. La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21° CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14° in fine última frase CP, o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión- como lo previene la última frase del artículo 15° CP.

B. La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14° primer párrafo última frase CP.

17°. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45°.2 y 46°.8 y 11 CP –compatibles con el artículo 9°.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado-; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10° de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento – principio de adecuación de las medidas de reacción social." (Sic.)

B. CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

13

§13. Inimputabilidad por grave alteración de la conciencia

Recurso de Nulidad	1377-2014- LIMA
Fecha	9 de julio de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 20° del CP

RESUMEN:

La grave alteración de la conciencia que se presenta por ingestión de substancias como el alcohol, debe adquirir tal profundidad que afecte la facultad de comprender el carácter delictuoso del acto, para que constituya causa legal de exención de responsabilidad penal.

FUNDAMENTOS

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo ciento ochenta y ocho, concordado con los incisos tres y cuatro, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, modificado por Ley N.º 29407, sanciona con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años, cuando el robo es cometido a mano armada y con el concurso de dos o más personas.

2.2. El inciso uno, del artículo veinte, del citado Código Sustantivo, exime de responsabilidad penal, por inimputabilidad, el que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir Iteraciones en la percepción, que afecten gravemente su concepto e la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acto o para determinarse según esta comprensión.

2.3. El anexo "Tabla de Alcoholemia", forma parte de la Ley N.º 27753, donde se establece valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona, y aparece textualmente del modo siguiente:

1er. Período: 0.1 a 0.5 g/l: subclínico No existen síntomas a signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal.
2do. Período: 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad Euforia, verborragia y exitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual.
3er. Período: 1.5 a 2.5 g/l: ebriedad absoluta Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control.
4to. Período: 2.5 a 3.5 g/l: grave alteración de la conciencia Estupor, coma, apatia, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.
5to. Período: niveles mayores de 3.5 g/l: Coma Hay riesgo de muerte por el coma y el paro respiratorio con afección neumológica, bradicardia con vaso dilatación periférica y afección intestinal.

2.4. El artículo setenta y tres, del Código Penal, dispone que las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

2.5. El artículo doscientos ochenta y cuatro, del Código de Procedimientos Penales, establece los presupuestos absolutorios.

RESPECTO A LA INIPUTABILIDAD POR GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA.

3.4: La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros. El numeral uno, del artículo veinte, del Código Penal, expresa que están exentos de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

3.5: A diferencia de la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia se presenta como producto de substancias exógenas, como el alcohol, drogas, fármacos, etc. Este trastorno mental debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y voluntativas del agente; deben incidir en la misma magnitud que las causas de anomalía psíquica.

3.6: En el Certificado de Dosaje Etílico N.º 0001-057395 de veintitrés de octubre de dos mil doce (folio doscientos diecisiete), se consignó que la muestra fue extraída al procesado después de siete horas y cuarenta y siete minutos de ocurridos los hechos, y se obtuvo como resultado l ,58 g/14 de alcohol por litro de sangre.

3.7: La eliminación del alcohol en el cuerpo humano fue estudiada por el químico sueco Erik Widmarks, que en mil novecientos veintidós desarrolló un método para determinar la concentración de alcohol en la sangre y concluyó que la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de O, 15 g/1 por hora. Fue el primer científico que sistemáticamente midió la absorción, distribución y eliminación de alcohol en el cuerpo humano explorado, y sus resultados los plasmó en fórmulas matemáticas. El Método Widmark: "Co = Cr + 13 x T"6 es ampliamente utilizado con fines forenses, principalmente se aplica para: i) Estimar la cantidad de bebida alcohólica ingerida a partir del conocimiento de la concentración etílica en la sangre. ii) Conocer el tenor de alcohol en la sangre en un tiempo anterior a la toma de muestra (cálculo retrospectivo). iii) Efectuar proyecciones sobre la cantidad en la sangre según las cantidades de etanol ingeridas. En el siguiente cuadro ilustrativo se registran las variables utilizadas:

Método Widmark: $C_0 = Cr + \beta \times T$
C_0 = Concentración de alcohol en sangre en el momento del hecho judicial
Cr = Alcoholemia en el momento de la toma de la muestra
β = Coeficiente de etiloxidación (0.15 g/l por hora - 0.0025 g/l por minuto)
T = Tiempo transcurrido entre el momento del hecho judicial y el momento de la toma de muestra

3.8: Teniendo en cuenta el nivel de ebriedad que presentó el imputado luego de siete horas y cuarenta y siete minutos de ocurrido el suceso, esto es, de 1,58 g/1 de alcohol por litro de sangre, es posible determinar el grado de alcoholemia que presentaba en el momento del robo, aplicando para ello el citado Método Widmark, cuya validez científica es inobjetable. El resultado se aprecia a continuación:

Determinación del nivel de alcoholemia anterior al hecho. Utilizando el método Widmark: $C_0 = Cr + \beta \times T$
C_0 = 1,58 g/l + 0,0025 g/l x 467 minutos (7 horas y 47 minutos)
C_0 = 1,58 g/l +1,16 g/l
C_0 = 2,74 g/l

3.9: El resultado obtenido lleva a estimar que en el momento de la perpetración del ilícito el nivel de alcohol que presentaba el encausado era aproximadamente de 2,7 4 g/1 de alcohol por litro de sangre (de acuerdo con la Tabla de Alcoholemia está considerado como el cuarto periodo: 2,5 a 3,5 g/1, grave alteración de la conciencia. Cfr. acápite 2.3, del sustento normativo de la presente Ejecutoria Suprema); es decir, se encontraba sumamente embriagado, lo que le produjo alteración de la conciencia, que fue en la gravedad que establece el citado numeral primero, del artículo veinte, del Código Sustantivo. Lo que excluye la imputabilidad no es que el procesado estuvo ebrio en el momento del hecho, sino que la cantidad de alcohol ingerido fue de tal volumen que la intoxicación lo condujo a un estado de grave alteración de la conciencia.

3.10: Ello lleva a estimar que no se podía dar cuenta de sus actos, por ello, redujo a una persona a dos puertas de su propia casa y de allí la condujo a su domicilio para asaltarlo, es decir, se expuso a la identificación y a la ubicación; circunstancias que no son propias de la habitualidad en la ejecución de los delitos, en que el agente procura no ser ubicado después de perpetrado el ilícito para no ser aprehendido y/o responsabilizado.

3.11: Al estar gravemente alterada la capacidad psíquica del recurrente (ausentes las funciones superiores), carece de valor probatorio el reconocimiento que efectuó a escala preliminar; ello se refuerza con lo afirmado por el efectivo policial Mariños Izquierdo, quien testificó que en el momento de la intervención el imputado se encontraba con visibles síntomas de ebriedad. Por lo tanto, no era factible recibirle una manifestación válida, hallándose el declarante sumamente intoxicado por la ingesta de alcohol. El Ministerio Público no debió permitir que a escala policial se procediera como si no mediara tal condición, menos aún haber intervenido en aquel acto.

3.12: Cabe resaltar que no hay base suficiente para sostener que el encausado se hubiera colocado en tal condición para delinquir (supuesto de *actio libera in causa*) o que se encontraba incapacitado para distinguir el mal del bien, por no haber tenido ni la conciencia ni el dominio de los propios impulsos, por ello, al ser inasequible frente a la prohibición penal deviene en inimputable y está exento de responsabilidad, por lo que debe ser absuelto de la acusación fiscal.

3.13: Por otro lado, no cabe disponer una medida de seguridad sino en los casos de inimputabilidad por grave alteración permanente de la conciencia, en tanto que la ebriedad no alcanza tal nivel, por tratarse de un estado anormal pasajero. Sin embargo, pese a que es posible que esta alteración de la conciencia y la voluntad no tenga una base patológica, es prudente que en la vía pertinente se determine si puede ser necesaria una interdicción por ebriedad habitual; que no solo se justifica porque persigue evitar la comisión de futuros delitos sino, sobre todo, por su trascendente finalidad de recuperación de la persona.

3.14: Sobre la alegada afectación al derecho de defensa, en el sentido de que el imputado no contó con la asistencia de su abogado defensor a escala preliminar; habiendo decidido este Supremo Tribunal absolver al recurrente, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

3.15: Con relación a la responsabilidad civil a la que hubiera lugar a consecuencia del perjuicio económico causado al agraviado, este lo podrá reclamar en la vía pertinente.

14

§14. Legítima defensa

Recurso de Nulidad	910-2018-LIMA ESTE
Fecha	5 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Quintanilla Chacón, Castañeda Espinoza, Pacheco Huancas, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 20 del CP.

RESUMEN:

La legítima defensa como causa de justificación se funda, desde un plano individual, en la defensa que realiza la persona en respuesta racional frente a una agresión injusta; y, desde el punto de vista supraindividual, en la defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica. Asimismo, debe entenderse no en sentido estricto o matemático que señala la norma penal, sino sobre la base de las circunstancias desarrolladas por el sujeto activo (procesada) frente a la agresión ilegítima del sujeto pasivo (agraviado-conviviente) que era frecuente y continuo, en defensa de su vida que estaba en peligro y de su menor hijo de seis años.

FUNDAMENTOS:

SÉTIMO. ANÁLISIS DEL CASO

7.1 Del estudio de autos, se advierte que si bien la Sala Superior, aL expedirla sentencia condenatoria contra la procesada Elizbeth Melissa Gonzales Encarnación, por el delito de parricidio en perjuicio de Joel Jhonny Malpartida

Palma, e imponerle doce años de pena privativa de libertad, materia de grado, consideró que existe una causa de justificación por legítima defensa, pero esta se dio en forma incompleta, puesto que no se cumplió con los requisitos legales previstos en el inciso tres, del artículo veinte, del Código Penal, para eximirla de responsabilidad penal, por lo que en aplicación del artículo 21 del acotado Código Sustantivo, disminuyó prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

7.2. Al respecto, este Supremo Tribunal no concuerda con los fundamentos plasmados en la resolución recurrida, puesto que del análisis integral y del caudal probatorio (declaraciones, pericias e informes periciales), y de lo actuado en el juicio oral se advierte que en el presente caso concurrieron 108 requisitos procesales exigidos por ley, para que opere la causa de Justificación que exime de responsabilidad penal a la procesada Elizbeth Melissa Gonzales Encarnación por los hechos materia de imputación fiscal, esto es, la legítima defensa, que se encuentra tipificada en el inciso 3, del artículo 20, del Código Penal.

7.3 En ese sentido, previo a analizar el fondo de la pretensión fiscal, debemos examinar si concurre la legítima defensa, como argumento central planteado por la defensa de la procesada y recogida por la Fiscalía Suprema; para ello, tenemos que definir, señalando:

7.3.1. Es aquella defensa necesaria frente a una agresión ilegítima no provocada. Esta puede aplicarse para evitar un daño sobre los bienes jurídicos de la misma persona quien realiza la defensa (legítima defensa propia), como para defender bienes jurídicos de terceras personas (legítima defensa impropia).

7.3.2. Se encuentra regulado en el inciso 3, del artículo 20, del Código Penal, y señala como elementos subjetivos que deben concurrir para que una conducta pueda ser amparada como causa de justificación para eximirla de responsabilidad penal:

Está exento de responsabilidad penal: [...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima. b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla 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 delos que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa [...].

OCTAVO. En atención a lo precedentemente acotado, que para que poder aplicar la causal eximente de responsabilidad penal por legítima defensa en favor de la procesada Elizbeth Melissa Gonzales Encarnación, tenemos que analizar los hechos ocurridos, las circunstancias precedentes y concomitantes del evento criminal, la conducta desarrollada por el agente y la víctima, y el desenlace final. En ese orden, tenemos:

8.1. Primer presupuesto: agresión ilegítima. Se trata de un comportamiento dirigido a lesionar o poner en peligro un bien legalmente protegido, donde el adjetivo ilegítimo es utilizado en el texto legal para calificar a la agresión de ilícito e injusto, contrario al orden jurídico. De tal forma que la agresión debe ser inminente, actual o presentes.

En autos, la procesada Elizabeth Melissa Gonzales Encarnación, en el curso del proceso, aceptó haber propinado una puñalada en el tórax al agraviado Joel Jhonny Malpartida Palma, quien fue su conviviente -lo cual le ocasionó la muerte-, cuando el agraviado, sin motivo alguno y por sus celos enfermizos, luego de haber llegado a su domicilio, le comenzó a inferir palabras soeces e intentar ahorcarla con las manos en la habitación donde hacían vida común. Al respecto, la procesada, a nivel policial (folio treinta y uno), en presencia del representante del Ministerio Público, señaló que:

Llegó a su cuarto a las 20:40 horas, en compañía de su menor hijo, Angelo Caleb, y encontró a su conviviente Joel Jhonny Malpartida Palma, quien estaba sentado sobre la cama viendo televisión, ese momento le reclamó por qué llegaba a esa hora, a lo que respondió que fue a recoger a su menor hijo a la casa de su mamá. En ese momento, el agraviado se levantó de la cama furioso y volvió a preguntarle con las siguientes frases: "¿Con quién has estado?", "¿con quién habrás estado, quién sabe, y sin motivo alguno, con las dos manos, la sujeto del cuello. Al momento que intentó defenderse, se acerca su mejor hijo y le dijo: "Papá, papá, deja a mi mamá", y en vez de calmarse, el agraviado, con la mano izquierda, le dio un empujón con fuerza al menor, que cayó cerca de la cama y se puso a llorar. Ante estos hechos cogió el cuchillo que se encontraba cerca, con el cual trató de asustarlo y que dejara de seguir golpeándola, pero en el momento que trató de quitarle el cuchillo se lo introdujo en el pecho, en el lado izquierdo de su conviviente, y al ver que manaba sangre de inmediato pidió apoyo a un mototaxi y lo condujo al hospital de Huaycán [...].

En su declaración instructiva (folio ciento ochenta y ocho), ratificó su versión y sostuvo que:

Cuando llegó a la habitación, encontró sentado en la cama a su conviviente quien veía televisión y le reclamó por qué llegaba a esa hora, Ella le respondió que recién salía de trabajar y había ido a recoger a su hijo. Ante ello, el agraviado siguió interrogándola: "¿Dónde has estado; con quién has estado", se levantó, la sujetó del pecho, la puso contra la pared y la comenzó a ahorcar. Su hijo intento defenderla y este lo empuja, por lo que la acusada coge el cuchillo para asustarlo; sin embargo se produce un forcejeo y se lo incrusta en el pecho; luego de ello lo lleva al hospital.

En el juicio oral (folio trescientos trece), refrendó su versión brindada en el curso de la investigación. Lo antes descrito se encuentra debidamente corroborado con el Certificado Médico Legal N.º 021591-L-D (folio cuarenta y siete), practicado a la procesada Melissa Elizabeth Gonzales Encarnación, donde los peritos suscriptores certificaron que la revisada presenta equimosis con impresiones digitales en región cervical, lados derecho e izquierdo, ocasionado por digito presión, que produce un día de atención facultativa por tres de incapacidad médico legal. Lo que significa que la procesada reaccionó\instintivamente, ante la agresión de su conviviente-víctima, quien la estaba ahorcando delante de su hijo menor de seis años.

8.2. Segundo presupuesto: necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se trata de una apreciación de valor con referencia a la justicia y la equidad. La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo. En autos, la procesada manifestó en forma uniforme y consistente que ante la agresión verbal y física, sin motivo alguno, le propinó su conviviente Joel Jhonny Malpartida Palma; ante ello, solo atinó a coger el cuchillo que se encontraba en la cocina (área que se encuentra en el mismo ambiente que la sala y dormitorio, puesto que la vivienda donde convivía con el agraviado es de pequeña dimensión, que era utilizado como dormitorio y cocina), con la intención de defenderse y asustarlo para que dejara de ahorcarla y así salvar su vida. Esto tiene sentido, por cuanto la procesada, a nivel policial (folio treinta y uno), mencionó: "Todo fue un accidente, el motivo por el cual cogió el cuchillo era para que el acusado la dejara de agredir, ya que la estaba ahorcando". En su instructiva (folio ciento ochenta y ocho), sostuvo: "El cuchillo era el único objeto que había y siempre se encontraba debajo de la cocina, y el cual agarró por miedo y nervios, ante la agresión de su conviviente y el miedo que su hijo (que también había sido agredido) se quede solo con el agraviado". En el juicio oral (folio

trescientos trece) ratificó sus declaraciones y mencionó: "Yo estaba con miedo, si yo suelto el cuchillo, yo podía quedar muerta, porque él estaba con una reacción violenta, no como una persona que quería apaciguar las cosas". Alegaciones que se corroboran con el Informe Pericial N.° 6533-16-DIREJCRI-PNP-DIRINEC-DIVINC (folio doscientos dieciséis), practicado por Carlos Tapia Gamarra, perito de investigación de la escena del crimen (División de Investigaciones Criminalística), quien luego del análisis de la información recabada, la descripción del inmueble, la reconstrucción de los hechos y la documentación pertinente, concluyó que: i) El lugar donde indica la procesada que se produjo el hecho, corresponde al área de la cocina de dimensiones relativamente pequeñas. ii) Ante las reiteradas preguntas o reconstrucción sobre cómo sucedieron los hechos, la procesada mantuvo la misma historia y reafirmó su versión sobre lo sucedido. ii) Resulta coherente y/o factible la posición que indica la procesada en como su conviviente la habría tomado del cuello, corroborándose con el Certificado Médico Legal. iv) Es coherente y/o posible que el cuchillo que habría tomado la procesada se encontrara en una batea de plástico en el área de la cocina puesto que en esta refiere preparaban sus alimentos. v) La posición que la procesada indica cómo sujeto el cuchillo y se inició el forcejeo que terminó con la muerte de su conviviente, corrobora su versión sobre los hechos y resulta coherente con la lesión que se describe en el Certificado de Necropsia, que en uno de sus puntos señala herida punzocortante en región pectoral izquierda, con dirección de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba y de adelante hacia atrás; teniendo en cuenta la estatura de la procesada y la forma como ella cogía el cuchillo. Asimismo, obra el Acta de Constatación Domiciliaria (folio veintinueve), donde se advierte que la habitación donde sucedieron los hechos se encuentra en un tercer piso, y en cuyo interior se observó una cama de madera de dos plazas con colchón, diversa vestimenta y calzado, utensilios diversos, una\televisión, una cocina y un servicio higiénico.

De lo expuesto, la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelarle, se refiere, pues, a que el medio empleado constituye un acto defensivo de quien actúa en legítima defensa, criterio que fue declarado en el Recurso de Nulidad N.° 591-2018 expedido por la Sala Suprema Penal Permanente: "Exige la valoración de las circunstancias, sin que este implique un análisis de proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa. El análisis debe girar en torno a la racionalidad de la medida empleada. La evaluación de la necesidad racional se debe realizar desde una doble perspectiva que no se limita al medio, sino también a la misma defensa". Por tanto, la procesada no planificó ni

provocó el hecho criminal, por lo que no se evidencia el dolo para matar, porque ejerció la defensa de protección ofensiva.

8.3. Tercer presupuesto: falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Se trata de una actitud especial de quien se defiende, esto es, deponer cuidado en comportarse de manera tal que no origine, de parte de cualquier persona, una reacción contra él. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor, no puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad del sujeto en cuestión.

Conforme se ha desarrollado precedentemente, la procesada Elizabeth Melissa Gonzales Encarnación, fue agredida ilícitamente por celos y por llegar tarde a su domicilio, que tuvo la necesidad racional de emplear un arma blanca (único instrumento disponible que estaba a su alcance) para impedir o repeler la agresión (estrangulamiento) que padecía por parte de su conviviente Joel Jhonny Malpartida Palma. Donde la provocación de dicha agresión, la produjo el citado agraviado, puesto que al llegar la procesada Elizbeth Melissa Gonzales Encarnación a las veinte horas con cuarenta minutos, a la habitación donde convivían, y pese a la explicación que la imputada brindó a su conviviente (que recién había salido de trabajar y fue a recoger a su menor hijo a la casa de madre), este, cegado por los celos, la comenzó a atacar con palabras soeces y golpes, para, posteriormente, estrangularla (conforme se corrobora con el Certificado Médico Legal N. 021591-L-D), por lo que tuvo que defenderse ante dichas agresiones y defender su vida; por el peligro que corría su existencia, para lo cual cogió el cuchillo, herramienta próxima a ella y defenderse, no para herirlo ni quitarle la vida; por lo que no se evidencia dolo de matar sino para defenderse de las agresiones de las que era objeto por parte de la víctima. Extremos que se encuentran corroborados con el Informe Pericial Psicológico Forense N.° 601-2016 (folio ciento sesenta y cuatro), practicado a Angelo Calet Malpartida Gonzales, único testigo presencial de los hechos,donde señalo:

Mi mamá le metió cuchillo a mi papá y vi que salió sangre; ellos estaban discutiendo, mi papá le tiró un puñete en su cabeza a mi mamá; empezaron a pelearse. Yo les dije que no se peleen. Mi papá me empujó; era de noche [...]. Mi mamá me dijo: "Ayuda, ayuda, recuerdo que bajaron de las escaleras y se fueron en esa moto al hospital. Mis papás peleaban mucho, mi papá le pegaba a mi mamá; él era malo.

El Informe Pericial N.° 6533-16-DIREJCRI-PNP-DIRINEC-DIVINC (folio doscientos dieciséis) señala que se produjo un forcejeo, que luego terminó con la muerte del agraviado.

NOVENO. De lo expuesto, este Supremo Colegiado concluye válidamente que el comportamiento típico de la procesada Elizabeth Melissa Gonzales Encarnación se adecúa a los requisitos que exige dicha causa de justificación (legítima defensa) para eximirla de la responsabilidad penal, no en el sentido estricto o matemático que señala la norma penal, sino sobre la base de las circunstancias desarrolladas por la procesada frente a la agresión de su conviviente, que era frecuente y continuo, en defensa de su vida que estaba en peligro y de su menor hijo de seis años que fue arrojado por la víctima, y debido a que vivimos en una sociedad de violencia familiar y social generados por distintas causas. Por tanto, se justifica la respuesta o actuación que puede realizar cualquier ciudadano en caso de ser agredido de manera ilícita (estrangulamiento); por lo cual tuvo la necesidad racional de emplear un arma blanca (cuchillo), puesto que se atentaba contra su propia vida; más aún, no existió provocación de parte de la acusada que ha efectuado la defensa, razón por lo que su conducta se encuentra justificada y debe absolvérsele de la imputación fiscal.

15

§15. Error de tipo vencible

Recurso de nulidad	655-2018-LIMA SUR
Fecha	4 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Figueroa Navarro, Quintanilla Chacón, Castañeda Espinoza, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

La configuración de un error vencible requiere el análisis de las condiciones personales del agente y las circunstancias concomitantes al hecho, para determinar si existió o no falsa representación de la realidad.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS DEL COLEGIADO

CUARTO. Delimitación del pronunciamiento

4.1. En los delitos sexuales, las circunstancias del hecho permiten identificar la pertinencia y utilidad de la prueba, tal y como se indica en el fundamento 29 del Acuerdo Plenario N.° 01-2011/CJ-116, sobre valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.

A efectos de no sobreabundar en aspectos que no son objeto de cuestionamiento, es un hecho incontrovertido la materialidad de las relaciones sexuales, aun cuando el Certifico Médico Legal N.° 004001-CLS describa que la

examinada presenta himen complaciente, debido a que la menor resultó gestando un hijo del acusado.

4.2. De modo que, se analizará las circunstancias del hecho, debido a que la Fiscalía sostiene que el acusado abusó sexualmente de la menor, y aquel refiere que los actos sexuales fueron consentidos.

QUINTO. Análisis de la prueba actuada en juicio

5.1. El representante del Ministerio Público sostuvo en la acusación fiscal que en el juicio se acreditaría la responsabilidad penal del acusado a título de autor del delito de violación de la libertad sexual, pues este, mediante violencia, abusó de la menor en dos oportunidades al interior de su vivienda.

Hasta ese momento se contaba con la versión inculpatoria de la agraviada, contenida en su denuncia con presencia de una representante del Ministerio Público (folio 01), su referencial a nivel policial (folio 15) y en su preventiva ante el juez de la instrucción (folio 44).

5.2. Parte de la actividad probatoria en juicio comprendía la concurrencia de la víctima, quien acudió a la segunda sesión de audiencia, oportunidad en la que se rectificó del contenido de su versión y sostuvo que las relaciones sexuales fueron consentidas.

5.3. En el escenario descrito, lo que corresponde en primer momento es identificar cuál de las versiones de la víctima es la que prevalece, en atención a su compatibilidad con los demás actos de prueba.

5.4. Al respecto, las circunstancias en las cuales se denuncia un evento delictivo resultan relevantes, tanto más si aquellas involucran a menores de edad, pues en determinado contexto, por su fragilidad y temor, pueden denunciar situaciones que se alejan de la realidad. En ese mismo sentido, por la condición de dependientes que tengan respecto de otras personas, los menores pueden ser instrumentalizados con la finalidad de perjudicar a alguien (allí radica uno de los fundamentos de la ausencia de incredibilidad subjetiva).

5.5. En el caso de autos, la denuncia fue interpuesta por la menor y su madre, María Gómez Guevara, el día veintitrés de agosto de dos mil cinco, después de aproximadamente dos meses de ocurridos los hechos, pues la agraviada señaló que la primera vez que fue víctima de abuso fue en mayo y, la segunda –indicó no recordar bien–, habría sido ese mismo mes o en junio.

5.6. Para una mejor comprensión, es necesario citar parte de la denuncia. Sobre el primer acto de abuso que habría sufrido:

En el mes de mayo del presente año, cuando me encontraba jugando al frente de mi casa con mi amiga Katy Medina, había un chico que nos molestaba, de nombre Wilder, no sé su apellido ni su edad, aproximadamente veintisiete años pero que vive en la manzana D-2, lote veinte, sector 1, barrio 2-IV, urbanización Pachacamac, él me llamó a su puerta, una vez allí me hizo ingresar a la fuerza, una vez dentro cerró la puerta y me llevó a su cuarto y me desnudó, me echó a la cama, se bajó su pantalón y me decía "quieta", y cuando intentaba gritar me tapaba la boca con su mano y me introdujo su pene haciéndome sangrar. Luego me vestí y me dijo que me vaya amenazando con golpearme si le contaba a mis padres.

5.7. Con relación al segundo abuso que habría sufrido, refirió:

"No recuerdo si en el mes de mayo o junio yo iba a comprar a la tienda, al pasar por su casa él se encontraba en su puerta y me hizo entrar a la fuerza; no había nadie en la calle y me volvió a violar en el piso".

5.8. Después de una semana, el siete de setiembre de dos mil cinco, la menor declaró nuevamente, reiterando los términos de su denuncia e introdujo información de relevancia que merece ser citada:

Yo me fui a mi casa y me duché (luego del segundo acto de abuso). No dije nada hasta el día veintidós de agosto de dos mil cinco, por la noche tenía vómitos y no me venía mi regla; mi madre me preguntó por qué no me venía mi regla; entonces yo le conté la verdad a mi mamá, que el vecino conocido como Wilder había abusado de mí en el mes de mayo.

5.9. Lo primero que debemos resaltar es el hecho de que la denuncia se haya interpuesto a raíz de que la víctima tuvo un retraso en su periodo menstrual. Si bien aquello pudo haber obedecido, como sostuvo en su momento, al hecho de encontrarse amenazada por el acusado, cobra relevancia la explicación que dio cuando concurrió al plenario y fue examinada por el Colegiado, donde señaló que por ese entonces (agosto de dos mil cinco): "[...] era una chibola, tenía miedo a mis padres; embarazada a esa edad, estaba tensa y con miedo, por eso declaré esas cosas".

5.10. Respuestas como la citada se dieron en varios momentos, con expresiones como: "Ellos son muy estrictos; mi papá tenía un carácter horrible y yo le tenía miedo a él", "yo hablé todo eso por miedo a mis padres"; y cuando se le preguntó el motivo por el que mintió, dijo: "Cualquier chiquilla lo haría por temor a sus padres".

5.11. Lo explicado evidencia, por un lado, la situación de vulnerabilidad de la víctima, quien se vio sorprendida por salir gestando a tan corta edad; de otro,

un sentimiento de temor ante sus padres, quienes -a su criterio-, le reprocharían por la situación en la que se encontraba.

5.12. Un aspecto que también debe ponerse en evidencia a partir de su relato, es el relacionado con las circunstancias en las que habría sido víctima de abuso por segunda vez:

A. La agraviada, en aquella oportunidad, declaró que el acusado la forzó a ingresar a su vivienda mientras pasaba por la puerta del inmueble.

B. Al respecto, aplicando las reglas de experiencia, alguien que fue víctima de violencia sexual evita exponerse nuevamente a situaciones similares. Además, es claro que esto se flexibiliza si existe, respecto del agresor, algún vínculo o relación de dependencia (por ejemplo, cuando se trata de un miembro de la familia).

C. Así, en el caso que nos ocupa, en un contexto en el cual el acusado y la víctima no tenían vínculo familiar o parental, si la menor se hubiera sentido amenazada por parte del acusado, al verlo en la puerta de la vivienda en la cual había sido víctima de abuso, no habría caminado por aquel lugar por un sentido natural de autoprotección. Muestra de esto es lo señalado en el acápite "Historia personal" del dictamen sicológico de la menor (folio 23), en donde se anota que la agraviada refirió que le "daba miedo" que su agresor le vuelva a hacer daño.

5.13. Por otro lado, la Fiscalía argumentó (y aquello fue validado por el Colegiado), que la versión incriminatoria de la víctima tenía respaldo en la pericia sicológica de la agraviada, plasmada en el Informe de Pericia Sicológica N.° 004270-2005-PSC (folio 23).

5.14. Sobre el particular, lo que se debe tener presente, en primer lugar, es que toda pericia es orientadora; segundo, que las conclusiones de la misma deben ser sometidas a un control, pues aun cuando su naturaleza científica le otorgue un sólido soporte probatorio, aquello no es definitivo, en tanto otras pruebas pueden generarle al juez un convencimiento distinto e incompatible con las conclusiones de la pericia.

A. En esa lógica tenemos que la evaluación sicológica de la menor estuvo a cargo del perito Rosario Arbieto Sarmiento, en sesiones que se realizaron los días nueve y dieciséis de setiembre de dos mil cinco:

i. En el acápite "Relato" del dictamen se describen los hechos de abuso relatados por la menor y que no son más que los mismos que se registran en la denuncia.

ii. En el acápite "Operaciones", describe que desde pequeña sufre del corazón, además, describe situaciones que se le han presentado luego del abuso sexual, relatando que aquello le ha producido pesadillas, sobre todo cuando recuerda lo que le sucedió. Niega su embarazo y rechaza a su bebé.

iii. En cuanto a la relación intrafamiliar, en "Historia familiar", la menor describe a su padre como una persona de carácter fuerte, agresivo, que le "pega poco", le insulta; es ofensivo y culpa de todo lo que sucedió a su madre. Es más, refirió que su padre se encontraba de viaje y "tenía miedo que regrese y lastime a su madre".

B. La sicóloga, en el plenario, ratificó los términos de la evaluación, donde concluyó que la peritada presentaba: "Reacción aguda a estresor sicosexual". Cuando se le preguntó qué implica una conclusión como esa, explicó que una persona que presenta un cuadro de estas características se recupera en menos tiempo respecto de otra que presenta estrés postraumático. También precisó que una pericia sicológica no puede determinar que una persona haya sido víctima de abuso sexual (radica en ello su naturaleza orientadora), y que las conclusiones abarcan el análisis de todo el contexto de situaciones a los que está expuesta la víctima. Es importante destacar la respuesta que dio cuando se le preguntó si las pesadillas estaban relacionadas con el embarazo no deseado, a lo que respondió que su carácter inmaduro e inestable, y el no contar con recursos propios para enfrentar esa situación, producen manifestaciones fisiológicas como las pesadillas.

C. Recogiendo los alcances de la especialista y analizando el contexto situacional que, por ese entonces, enfrentaba la menor, nos permite relacionar las conclusiones de la pericia no a un acto de abuso sexual, sino, al hecho de encontrarse embarazada a tan corta edad, lo cual le generó rechazo no solo al acto sexual, sino manifestaciones que la llevaban, incluso, a negar su estado de gestación.

5.15. Lo expuesto nos permite concluir que la retractación de la menor (quien acudió al juicio siendo mayor de edad), encuentra lógica y permite sostener que, contrariamente a la posición de la Fiscalía, las relaciones sexuales se suscitaron en el marco de una relación sentimental; y, que las manifestaciones de orden psicológico de la agraviada no guardan relación con actos de abuso sexual, sino de rechazo a las consecuencias, como su embarazo a una edad prematura.

5.16. En ese entender, los criterios de análisis de retractación expuestos son compatibles a los desarrollados en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, sobre "Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual"; asimismo, que el análisis de la pericia sicológica de la víctima consideró las pautas que han sido plasmadas en el Acuerdo Plenario Nº 4-2015/CJ-116, sobre "Valoración de la prueba en los delitos de violación sexual".

SEXTO. Análisis sobre el error de tipo

6.1. Tratándose de una persona con trece años y seis meses de edad en el mes de mayo de dos mil cinco, conforme con su partida de nacimiento (folio 03), el consentimiento resulta irrelevante jurídicamente, pues a esa edad se protege el hecho de que la víctima no se encuentra en capacidad de poder decidir asuntos relacionados con elejercicio de su sexualidad. Salinas Siccha lo explica en los siguientes términos:

[...] La indemnidad o intangibilidad sexual se entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse en forma libre y espontánea".

6.2. Por otro lado, el error, como indica Villavicencio Terreros, es "[...] la ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran en tipo objetivo"; es decir, el agente no se motiva por algún elemento descriptivo o normativo.

A. Para que se admita una situación de esta naturaleza se debe tomar en cuenta, como señala García Cavero:

   "[...] las competencias de conocimiento que imponen los roles jurídicamente relevantes, atendiendo siempre a las circunstancias personales del autor"; asimismo, considerar que la concurrencia del error estará condicionada a las circunstancias en las que se desarrolló el hecho; aspectos que justifican la existencia de errores de naturaleza vencible e invencible.

B. El error de tipo invencible excluye la responsabilidad penal o anula la agravación. El error de tipo vencible requiere la observancia de deberes

objetivos de cuidado, esto es, de las capacidades del agente de verse en la posibilidad de valorar correctamente un hecho, siendo sancionada únicamente si el delito ampara una modalidad de responsabilidad culposa.

6.3. Esta Sala Suprema, en la Sentencia de Casación 742-16 ICA, se identificó los elementos que se deben tener en cuenta al momento de analizar un supuesto de error relevante, desde la valoración del conocimiento del agente:

a. En el caso de la "prueba del conocimiento" exige analizar el contenido de las denominadas reglas de la experiencia y de forma más precisa, de aquellas que pueden denominarse "reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno", que servirán para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos extremos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta.

b. El parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia.

c. A fin de verificar el error de tipo –vencible o invencible– se deberá tener en cuenta, según las reglas de la experiencia, que en el agente existió una falsa representación de la realidad ex ante a la conducta imputada. Esta situación se genera cuando el agente desconocía alguno de los elementos normativos y descriptivos que conforman el tipo penal como: la calidad del sujeto; de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de comisión de la acción, el objeto material, el resultado, la acción de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo, pudiendo el error recaer en cualquier elemento del tipo penal.

6.4. En ese contexto, corresponde identificar la existencia o no de los factores que pudieron llevar al acusado a incurrir en error y, luego, analizar si se trató de un error de naturaleza vencible o invencible.

A. Cuando se inició la relación sentimental entre el acusado y la agraviada (mes de abril de dos mil cinco), según los datos consignados en la base de datos del Registro de Identificación y Estado Civil, el imputado tenía veinte años con cinco meses (folio 314), y su nivel de instrucción era secundaria completa. Por su parte, la agraviada tenía trece años con seis meses de edad; sin embargo, cuando concurrió a

juicio, manifestó que le había dicho al procesado que tenía dieciséis años y en ese contexto entablaron una relación sentimental.

B. En cuanto a las circunstancias, lo primero que se debe esclarecer es cuánto tiempo conocía el acusado a la menor, pues si se trata de personas que se conocían desde edad temprana, un argumento de error de tipo debería desestimarse. Para esclarecer ello, son relevantes la versión de la agraviada y del acusado (que constituyó un hecho probado en la sentencia recurrida), siendo indiscutible que el imputado llegó a vivir a la ciudad de Lima en abril del año dos mil cinco; concluyéndose que la relación entre ambos inició poco tiempo después de la llegada del imputado a esta ciudad.

C. Ahora, será importante contar con un espacio temporal, pues la agraviada no recuerda fechas, solo que los actos sexuales se dieron entre los meses de mayo y abril (como lo precisa la acusación). Para ello, es útil remitimos al Certificado Médico Legal N.° 004001-CLS, puntualmente al apartado que describe el Informe ecográfico obstétrico, el cual se emitió el día veintitrés de agosto y que determinó gestación de veinte semanas.

Haciendo un cálculo regresivo, considerando el tiempo de gestación de la menor a la fecha que se indica (veinte semanas), concluimos que los actos sexuales se habrían suscitado en el mes de abril, obteniendo certeza que el acusado y la agraviada mantuvieron relaciones sexuales cuando el primero llevaba poco tiempo viviendo en la ciudad de Lima y producto de ello la menor resultó embarazada.

D. Aunado a lo anterior, el contexto socioeconómico de aquel entonces para ambos agentes, quienes vivían en el distrito de Villa El Salvador y evidencian escasos recursos económicos (los padres de la menor realizaban trabajos eventuales), la menor había dejado sus estudios escolares por problemas de salud y el acusado había llegado de su natal Huambo-Amazonas con la finalidad de trabajar.

E. En el ámbito del desenvolvimiento y capacidad para interactuar en el año dos mil cinco, el acceso a la telefonía móvil e internet era limitado (no como ahora que permiten una constante y fluida comunicación), nos lleva a concluir que la capacidad de comunicación entre ambos era escasa.

> Los factores desarrollados permiten concluir que el acusado llegó en el mes de abril y al poco tiempo entabló relación amical y sentimental con la víctima, quien le había manifestado tener dieciséis años. El contexto personal y social en el cual se desarrolló esta relación no le permitió al acusado conocer la edad real de la menor incurriendo en error sobre este elemento del tipo. Si bien se le podría exigir un comportamiento diligente pues la relación sentimental se extendió hasta los primeros días de junio, su falta de diligencia configura imprudencia, configurándose el error de naturaleza vencible. Para una mejor comprensión, útil es citar parte del contenido del quinto considerando del Recurso de Nulidad 2824-2015 Cañete, que señala:

Se aprecia que el procesado estuvo en la posibilidad de conocer la verdadera edad de la menor si tomaba la diligencia debida, pues cuando menos pudo preocuparse por averiguarlo; por tanto, actuó de forma imprudente, de tal forma que se configura error de tipo vencible; no obstante, dado que nos encontramos ante una figura culposa, la conducta del acusado deviene en atípica.

6.5. Verificada la existencia de un error de tipo vencible, de conformidad con lo señalado en la segunda parte, del primer párrafo, del artículo catorce, del Código sustantivo, el cual señala: "[...] la infracción será castigada como culposa cuando se hallara prevista como tal en la ley"; en consecuencia, en atención a que nuestra legislación no contempla el abuso sexual culposo, se mantiene incólume la inocencia del acusado, procediéndose con la absolución del procesado en aplicación del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

6.6. Por último, no compartimos el criterio de la Sala Superior que desestimó el error de tipo argumentando que la agraviada en juicio no aparenta ser mayor de edad, debido a que la presunta víctima acudió al juicio después de doce años y medio, por lo que aun cuando ciertas características físicas puedan mantenerse en el tiempo, no se puede concluir ello de forma inequívoca.

16

§16. Error de prohibición vencible

Recurso de nulidad	33-2018-AYACUCHO
Fecha	20 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

Si el hecho es típico y antijurídico, pero existe un error en la creencia de que la conducta era legítima –defender sus terrenos de los intrusos– y este pudo ser superado fácilmente con una conducta diligente, se configura el error de prohibición vencible y la culpabilidad de los agentes disminuye.

FUNDAMENTOS:

3. De la absolución del grado

CUARTO. El seis de mayo de dos mil trece, alrededor de las nueve horas, los agraviados Félix Antezana Lahuana, Aydee Antezana Ochoa y Juan Guzmán Aparco llegaron hasta la localidad de El Pajonal (distrito de Ocros, provincia de Huamanga, Ayacucho), donde se encontraba el fiscal provincial de Huamanga con el suboficial Kenny Vera Salinas. Indicaron haber sido privados de su libertad y agredidos por los encausados Dionicio Gómez Carpio, Prudencio Lizana Llocclla, Delia Limaco Salcedo y otros. Félix Antezana tenía el labio ensangrentado, el pómulo hinchado y huellas en su muñeca, al parecer de atadura de soga. Además,

un grupo de quince personas de la comunidad campesina de Cusi Valle San Francisco se acercaron al vehículo policial e indicaron que no tuvieron otra alternativa que trasladarlos porque se originó una gresca en la comunidad (acta fiscal debatida en la audiencia del veintitrés de octubre de dos mil diecisiete).

QUINTO. La incriminación por el delito de secuestro fue sostenida por los agraviados Félix Antezana, Aydee Antezana y Juan Guzmán, quienes denunciaron que fueron privados de su libertad cerca de una hora por los acusados y otros habitantes del centro poblado Cusi Valle San Francisco, bajo la amenaza de ser ejecutados si regresaban al citado lugar. Así lo ratificaron a nivel policial, judicial y plenarial (véase a fojas treinta y nueve, cuarenta y dos, cuarenta y cuatro-A, trescientos treinta y dos, trescientos treinta y cinco, mil setenta, y mil noventa y cinco).

SEXTO. Un análisis de la consistencia de la denuncia denota que aquella se consolidó con prueba pericial. Los Certificados Médicos Legales número cuatro mil ciento cincuenta y siete-PF-AR, número cuatro mil ciento treinta y cuatro-L y número cuatro mil ciento cuarenta y tres-L acreditaron que Félix Antezana presentó tumefacción en el labio superior, herida contusa, equimosis en el hombro y muslo derechos, tumefacción en regiones escapulares y muslo derecho y equimosis en región occipital ocasionadas por agente contundente duro; Aydee Antezana fue diagnosticada con hematoma en la cara anterior del muslo, tumefacción en la rodilla y muslo izquierdos, equimosis en el cuero cabelludo y policontusión moderada; mientras que Juan Guzmán presentó equimosis en regiones occipital, cervical y parietal, y excoriación en el hombro derecho y tercio medio de la pierna izquierda.

Félix Antezana requirió quince días de incapacidad médico legal y Aydee Antezana y Juan Guzmán, doce días (véase a fojas diez a quince).

SÉPTIMO. La ausencia de huellas en las muñecas es explicable, si se tiene en cuenta que los exámenes de integridad física se realizaron al día siguiente del evento delictivo y, conforme a los términos de la denuncia, los agraviados fueron atados por aproximadamente una hora, por lo que las lesiones que pudieron producirse, al menos por esta acción, fueron mínimas.

No obstante, el fiscal provincial penal de Huamanga dejó constancia en el acta de foja diecinueve que el agraviado Félix Antezana presentó huellas en su muñeca compatibles con atadura de una soga, cuando llegó a la localidad de El Pajonal desde la comunidad campesina de Cusi Valle San Francisco.

OCTAVO. Los encausados Wilfredo Flores, Sebastián Elises y Germán Luján negaron su presencia en el lugar de los hechos; sin embargo, fueron reconocidos

por los agraviados, cuyas versiones presentaron elementos corroborativos. En el caso de Wilfredo Flores, su participación logró concretizarse de forma más detallada, pues fue identificado como la persona que agredió al taxista Mario Vargas Asencio, quien trasladó al agraviado Félix Antezana, su hija y su abogado hasta la comunidad campesina Cusi Valle San Francisco. Así lo indicaron los testigos víctimas Juan Guzmán y Mario Vargas (véase a fojas cuarenta y cinco, y mil setenta).

NOVENO. Se descartan los agravios defensivos. No existe motivo acreditado para que el taxista Mario Vargas Asencio sindicara al procesado Wilfredo Gómez Limaco como la persona que lo agredió y le arrebató su vehículo por breve tiempo, como persistió en la confrontación de foja mil ochenta y siete-A. El testigo es ajeno a la disputa que mantienen los demás agraviados y los encausados por un terreno ubicado en la referida comunidad campesina, por lo que su versión incriminatoria soporta el juicio de credibilidad.

Los acusados Prudencio Lizana Llocclla y Dionicio Gómez Carpio, por su parte, indicaron haber sido agredidos por los denunciantes, pero no obran en los actuados elementos probatorios que respalden sus dichos y se aprecia en estos cambios de versiones y contradicciones en sus deposiciones (en su primera manifestación, Dionicio Gómez indicó que acudió al llamado de Prudencio Lizana y observó que este ató de los brazos al agraviado Juan Guzmán Aparco, pero en su siguiente manifestación indicó que no observó tal accionar. Luego, dijo que lo golpearon y le dio epilepsia, mas en juicio oral refirió que se desmayó).

El encausado Germán Luján Vilcatoma negó su presencia en el lugar de los hechos de forma meramente argumentativa, mientras que el imputado Sebastián Elises Peralta ofreció como testigo a Oriel Lizana Santiago, hijo del acusado Prudencio Lizana Llocclla, cuyo testimonio fue válidamente desestimado, pues denotó ánimo exculpatorio (en juicio oral indicó que el agraviado Félix Antezana les faltó el respeto a los acusados Prudencio Lizana y Dionicio Gómez).

DÉCIMO. Los testimonios acusatorios de las víctimas se consolidaron entre sí. Estos son coincidentes en detallar que llegaron a la comunidad campesina Cusi Valle San Francisco el seis de junio de dos mil trece, pero fueron abordados por una cantidad significativa de pobladores liderados por Dionicio Gómez Carpio y Prudencio Lizana Llocclla, entre los que se encontraban también Wilfredo Flores Limaco, Sebastián Elises Peralta y Germán Luján Vilcatoma.

Se originó una discusión y luego una gresca en la que los agraviados fueron afectados en su integridad física, conforme a los certificados médicos legales suscritos por los peritos del Instituto de Medicina Legal II de Ayacucho. Estuvieron retenidos por aproximadamente una hora hasta que fueron trasladados fuera de la

comunidad por otros pobladores. En el camino se halló al fiscal y a la policía, por lo que los habitantes de la comunidad se retiraron.

UNDÉCIMO. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de secuestro, en cuanto los acusados mantuvieron privados de su libertad a los sujetos pasivos, bajo el cumplimiento de la condición de que no regresaran a la comunidad campesina Cusi Valle San Francisco. Empero, se cuestionó el conocimiento de la ilicitud de la conducta.

Los procesados presentaron un informe antropológico e indicaron que por ser miembros de una comunidad campesina mantienen valores culturales distintos a los hegemónicos. Este informe no puede ser valorado por el Tribunal Supremo, pues no fue ofrecido ni actuado en el momento procesal oportuno, por lo que no tiene la calidad de prueba. No obstante, es un hecho no controvertido que estos pertenecen a la indicada comunidad, como así obra del acta de asamblea extraordinaria y la resolución del comando político militar que reconoce su comité de autodefensa, de fojas doscientos sesenta y siete, y doscientos sesenta y ocho.

DUODÉCIMO. Los acusados, como integrantes de la comunidad campesina Cusi Valle San Francisco, mantuvieron un conflicto previo con el ahora agraviado Félix Antezana Lahuana, quien compró un terreno en dicho lugar. Los procesados se negaron a reconocer su derecho, por lo que el agraviado los denunció por usurpación. A raíz de ello, los encausados se reunieron el veintitrés de septiembre de dos mil doce, tocaron como punto de agenda "La protección de los bienes patrimoniales de la comunidad campesina" y, sobre la base del Decreto Supremo número setenta y siete-noventa y dos-DE Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa, concluyeron que debían estar alertas ante la presencia de cualquier persona extraña que intentara tomar posesión del terreno comunal, tocar el silbato y poner al intruso a disposición del jefe de comité.

Ahora bien, aunque actuaron en la creencia de que el agraviado Félix Antezana Lahuana, su hija Aydee Antezana Ochoa y su abogado Juan Guzmán Aparco pretendían arrebatarles parte de los terrenos comunales, lo cierto es que aquellos acudieron porque se programó una inspección fiscal en los citados predios –el fiscal y el policía se quedaron en una localidad cercana desayunando–; por lo que, si bien hubo un error sobre la licitud de la conducta, este pudo ser superado fácilmente si se esperaba la llegada de las autoridades fiscal y policial, más aún si el agraviado se presentó con su abogado defensor para ser asistido en la diligencia de inspección.

DECIMOTERCERO. Si el hecho es típico y antijurídico, pero existe un error en la creencia de que la conducta era legítima –defender sus terrenos de

los intrusos– y este pudo ser superado fácilmente con una conducta diligente, se configura el error de prohibición vencible; la culpabilidad de los agentes disminuye, pues los acusados actuaron bajo la idea de que su conducta no conllevaba sanción penal por estar obrando lícitamente y con arreglo a derecho como protectores de su patrimonio comunal; mas lo cierto es que los agraviados se limitaron a ingresar a la comunidad porque se había programado una diligencia de investigación.

Es de aplicación el segundo párrafo del artículo catorce del Código Penal, que prevé una atenuación jurídica sancionadora de la conducta cuando se configure el error de prohibición vencible.

DECIMOCUARTO. Corresponde desestimar los cargos por el delito de robo agravado tentado imputado a Wilfredo Flores Limaco. Los hechos declarados probados denotaron que los integrantes de la comunidad campesina actuaron con la intención de retirar a los agraviados, en tanto que los consideraron como intrusos. En tal contexto, los privaron de su libertad por espacio aproximado de una hora y luego los expulsaron. No se aprecia en la conducta del encausado Wilfredo Flores un ánimo de apoderamiento del vehículo de propiedad de Mario Vargas Asencio. El hecho de que haya intentado avanzar con el referido automóvil no es suficiente para acreditar que existió un animus rem sibi habendi o intención de tener la cosa para sí, pues si ello hubiera sucedido habría bastado con coaccionar al propietario para que desactive el trabagás de su vehículo y no se le hubiera permitido retirarse, como en realidad sucedió.

DECIMOQUINTO. En la reducción de la pena, el Tribunal Supremo aprecia el contexto en el que se produjo la privación de la libertad de los agraviados por alrededor de una hora (al que se agrega el tiempo de distancia entre la comunidad campesina hasta la localidad El Pajonal) y el conflicto previo que existía entre los sujetos procesales por la titularidad de un terreno que formaba parte del patrimonio comunal.

Es pertinente resaltar que no se puede avalar la conducta acreditada, pues la privación de la libertad se dio sin causa justa, mas con un error vencible sobre su licitud.

En cuanto al monto de la reparación civil, este ha de mantenerse, pues el daño ocasionado a los agraviados incluyó también una afectación a su integridad física, por lo que los cinco mil soles fijados a favor de Félix Antezana Lahuana es proporcional con los perjuicios ocasionados, y los otros cinco mil soles deberán permanecer incólumes a favor de los afectados Aydee Antezana Ochoa y Juan Guzmán Aparco.

17

§17. Error de tipo vencible

Recurso de nulidad	37-2018-AYACUCHO
Fecha	23 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. III del TP del NCPP

RESUMEN:

No se está ante un supuesto de ne bis in ídem. En efecto, el imputado es el mismo, pero los hechos en su integridad, desde las exigencias típicas no son los mismos, y el fundamento de la condena es otro. Entre los delitos de asociación ilícita y robo con agravantes existe diferente bien jurídico lesionado, el primero es un delito de peligro mientras el segundo es un delito de lesión, y las exigencias fácticas y jurídicas para la configuración del segundo son distintas a las del primero, que solo se centran en la integración en una organización criminal sin la exigencia de acciones delictivas concretas, que conservan su autonomía fáctica y típica.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Gutiérrez Osco en su recurso formalizado de fojas setecientos treinta y siete, de veintisiete de setiembre de dos mil diecisiete, instó la anulación de la sentencia. Alegó que no ha sido reconocido ni sindicado por el agraviado, así como tampoco por Quispe Aguilar y García Carrera, los cuales admitieron haber cometido el referido delito; que las características físicas que el agraviado mencionó no le corresponden; que se le sindicó porque tenía entre sus contactos telefónicos a "Nilton"; que ya ha sido condenado por el delito

de asociación ilícita por los mismos hechos y se le condenó con las mismas pruebas del proceso en referencia (número ciento sesenta – dos mil ocho), por lo que se vulneró el debido proceso.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día veintiuno de enero de dos mil ocho, como a las diecisiete horas, en la zona denominada "Apacheta" de la carretera Ayacucho – Tambo, a la altura del kilómetro cuarenta vía Quinua, del distrito de Quinua, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho, el encausado Gutiérrez Oscco y otros individuos, todos armados y cubriéndose el rostro con polos y chompas, interceptaron la camioneta de placa RK – cuatro mil novecientos diecinueve, marca Toyota, color guinda, conducida por Nazario Pérez Herrera, en la que se trasladaban el agraviado Pardo Palomino, su conviviente Fernández Zea, su hermano Dionicio Pardo Palomino, sus dos hijos y otras dos personas. Acto seguido ordenaron a todos ellos que salgan de la camioneta y se echen al suelo, pero como el agraviado se demoró uno de ellos le disparó –el disparo solo le rozó la cabeza, de la que manó sangre– y, luego, se le sustrajo sus pertenencias –la bala impactó a uno de los delincuentes (Delfín Quispe Aguilar) en la pierna, quien portaba una granada de guerra en las manos–. Acto seguido el mismo delincuente, lo amenazó con matarlo y le disparó en la pierna izquierda, que le impactó en el muslo. Los delincuentes, al llegar en esos momentos un ómnibus de transporte público, se concentraron en asaltarlo, pero como recibieron una llamada, prestamente se dieron a la fuga.

Al día siguiente, en horas de la madrugada como consecuencia de una operación policial de búsqueda, y en el valle de Muyurina se intervino un carro marca Toyota color verde, en cuyo interior se encontró al citado imputado y otros individuos. En poder de Omar García Carrera se encontró un arma de fuego y una granada.

TERCERO. Que el encausado Gutiérrez Oscco protestó inocencia y reiteró su negativa expuesta en el anterior proceso. Agregó que Quispe Aguilar es el conocido como "Nilton"; que no se explica como la pericia de absorción atómica resultó positivo; que tenía celular, pero no recuerda su número [fojas doscientos veintidós, cuatrocientos cincuenta y tres y seiscientos sesenta y uno].

CUARTO. Que, sin embargo, el agraviado Pardo Palomino en el primer proceso, en sede preliminar, con fiscal, y en su declaración preventiva en esta causa reconoció a Gutiérrez Oscco como uno de los asaltantes [fojas ciento nueve y doscientos treinta y seis]. Su conviviente Fernández Zea señaló que pudo reconocer como dos de los asaltantes a los encausados Quispe Aguilar (a) "Nilton" y a Ccorahua Cáceres [fojas doscientos cincuenta].

A lo expuesto se agrega el mérito del Parte policial de fojas cuatro que da cuenta de los hechos y de la Ejecución del Plan de Operaciones Bloqueo y Saturación para la captura de los asaltantes. En esta misma perspectiva, la sentencia de fojas treinta y ocho, de veintinueve de enero de dos mil diez, precisó que al día siguiente, en horas de la madrugada, por inmediaciones del desvío al valle de Muyurina se intervino el vehículo Toyota, color verde, en cuyo interior se encontraban Laurente Miranda, Gutiérrez Oscco, Quispe Aguilar y, entre otros, Ccorahua Cáceres. Finalmente, según el dictamen pericial de restos de disparos por arma de fuego de fojas treinta y seis, el imputado efectuó disparos porque dio positivo para plomo, antimonio y bario.

Esas pruebas, apreciadas conjuntamente, apuntan con absoluta contundencia a la intervención del imputado en el asalto en cuestión, en cuyo desarrollo, incluso, se disparó contra el agraviado.

QUINTO. Que en la aludida sentencia, recaída en el proceso número ciento sesenta – dos mil ocho, se hace mención al certificado médico legal número cero cero cero quinientos cuarenta y seis - L, de veintitrés de enero de dos mil ocho, que da cuenta que el agraviado Pardo Palomino resulto con herida perforante en muslo izquierdo ocasionado por proyectil de arma de fuego.

Empero, el certificado médico legal, solicitado para mejor resolver, establece que la lesión requirió seis días de atención facultativa por veinticinco días de incapacidad médico legal. Objetivamente, la lesión no ha sido grave porque el daño a la integridad corporal no requirió treinta o más días de atención facultativa o de incapacidad médico legal (artículo 121, numeral 3, primer parágrafo, del Código Penal). Por lo tanto, el agravante seria, no el de tercer grado del último párrafo del artículo 189 del Código Penal, según la Ley número 28982, de tres de marzo de dos mil siete, sino el del segundo párrafo, numeral 1, del mismo texto legal.

Esto último determina, ante la ausencia de la concurrencia de causa de disminución de punibilidad, circunstancia de atenuación privilegiada y regla de reducción por bonificación procesal, que determina una pena por debajo del mínimo legal, imponer en todo caso ese mínimo: veinte años de privación de libertad.

SEXTO. Que, finalmente, es verdad que en una sentencia anterior –la signada con el número ciento sesenta – dos mil ocho, en función al mismo cuadro de hechos, aunque restringida al *factum* de la mera integración en una organización criminal– se condenó al encausado Gutiérrez Oscco por el delito de asociación ilícita, a partir, en su esencia, de las mismas pruebas que han servido para la

presente condena, pero no se está ante un supuesto de *ne bis in ídem*. En efecto, el imputado es el mismo, pero los hechos en su integridad, desde las exigencias típicas no son los mismos, y el fundamento de la condena es otro. Entre los delitos de asociación ilícita y robo con agravantes existe diferente bien jurídico lesionado, el primero es un delito de peligro mientras el segundo es un delito de lesión, y las exigencias fácticas y jurídicas para la configuración del segundo son distintas a las del primero, que solo se centran en la integración en una organización criminal sin la exigencia de acciones delictivas concretas, que conservan su autonomía fáctica y típica.

18

§18. Responsabilidad restringida

Casación	717-2018-HUÁNUCO
Fecha	9 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 21 del CP

RESUMEN:

1. Las instancias de mérito no evaluaron, al momento de determinar la pena, que el procesado Wilder Smiler Tolentino Miraval tenía dieciocho años de edad (responsabilidad restringida); tampoco consideraron la concurrencia de la bonificación procesal por confesión sincera. Por ello, el recurso de casación propuesto por este procesado es parcialmente estimado.

2. Se acreditó la responsabilidad penal de los procesados en la comisión del delito de homicidio calificado, en su condición de coautores, debido a que ambos acusados tenían dominio funcional de hecho, aportaron al resultado típico y tuvieron el objetivo común de perpetrar el delito; además, obran en autos suficientes pruebas de su responsabilidad y el Colegiado Superior fundamentó su decisión. De modo que, en estos extremos, corresponde desestimar los recursos de casación propuestos.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS DEL CASO

A. SOBRE DEL PROCESADO WILDER SMILER TOLENTINO MIRAVAL

SÉPTIMO. Según lo detallado en el considerando sexto:

7.1. Un primer aspecto a determinar es si nos encontramos ante un caso de homicidio calificado u homicidio simple. Sobre el particular, tenemos que:

a) En el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal (folio 02), practicado a Cesario Espinosa Silva, se concluyó que este falleció a causa de una herida penetrante en la región craneal causada por un proyectil de arma de fuego, lo que denota que los autores del ilícito actuaron con alevosía, pues planificaron el hecho ilícito y se aseguraron de la muerte de la víctima: se trasladaron al lugar de los hechos en un vehículo, estaban premunidos de armas de fuego, le dispararon en la cabeza cuando se encontraba de espaldas y el hecho ocurrió durante la noche, sin que la víctima se dé cuenta de la presencia de sus agresores; es decir, actuaron sobre seguro.

b) Esto es corroborado con las declaraciones del procesado Wilder Smiler Tolentino Miraval, quien señaló que el día de los hechos acompañó a su coprocesado Jairo Meza Ponce a asesinar a David Tarazona Gerónimo; para ello, previamente se premunieron con armas de fuego y trasladaron, en un vehículo, al lugar de los hechos, donde finalmente victimaron a Cesario Espinosa Silva, pensando que era David Tarazona Gerónimo; de modo que se descarta la existencia de un homicidio simple.

7.2. Otro aspecto a evaluar es el título de intervención delictiva del encausado Wilder Smiler Tolentino Miraval. Sobre el particular, tenemos que este tenía dominio funcional del hecho, aportó al resultado típico y tuvo el objetivo común de asesinar a la víctima; por ello es que se trasladó con su coprocesado al lugar de los

hechos, premunido de un arma de fuego, durante la noche y en un vehículo; incluso, luego de cometido el ilícito, realizó un disparo disuasivo.

a) Asimismo, con relación a la responsabilidad por dominio funcional este Tribunal, en las ejecutorias supremas recaídas en los recursos de nulidad números 3048-2012/La Libertad y 2205-2017/Huánuco, estableció que:

> [...] en la coautoría no se requiere que uno de los coautores realice todas y cada una de las acciones típicas específicas, esto es, dispare, mate o hiera a la víctima; pues basta el dominio funcional del hecho, su aporte personal al resultado típico y estar en el entendimiento común de perpetrar el delito.

b) Lo descrito pone de manifiesto que la sentencia de vista –en este extremo– incurre en error; sin embargo, no puede cambiarse el título de intervención delictiva del encausado Wilder Smiler Tolentino Miraval, pues ello significaría incurrir en una reforma en peor.

7.3. Sobre la configuración de un supuesto de error tenemos que:

a) Felipe Villavicencio Terreros (2017)[4], en criterio compartido por este Tribunal, señala que se configura un error in persona vel in objetivo, o error sobre el objeto de la acción, cuando:

> [...] el sujeto yerra sobre las características o la identidad del objeto de la acción; no se trata de una modalidad de aberratio, sino de confusión. Ejemplo: el que dispara a matar a otro, pero debido a un error en la identidad, el sujeto [víctima] no era la persona a quien se pretendía matar.

b) De modo que resulta claro que se configura este tipo de error; sin embargo, ello no excluye el dolo de la actuación del impugnante (resulta irrelevante), pues la valoración jurídica del hecho no cambia respecto del que se trató de cometer.

---

[4] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2017). Derecho penal. Parte general. Octava reimpresión. Lima: Editorial Grijley, p. 364.

7.4. Con relación a la responsabilidad restringida del procesado y su confesión sincera, tenemos que:

a) ste Tribunal, en jurisprudencia clara y uniforme5, estableció que la responsabilidad restringida del agente es una causal de disminución de la punibilidad, que habilita la reducción de la pena por debajo del mínimo legal.

b) En el presente caso, Wilder Smiler Tolentino Miraval, al veintisiete de abril de dos mil catorce (cuando ocurrieron los hechos), tenía poco más de dieciocho años y dos meses de edad, pues nació el treinta de enero de mil novecientos noventa y seis (folio 54).

c) De modo que no tenía capacidad absoluta para entender la antijuricidad o reproche penal del ilícito cometido, lo que hace posible que se le imponga una pena por debajo del mínimo legal; esto es, se le reduzca la pena a imponerse en tres años; es decir, tres de los quince años de la pena privativa de libertad que correspondería imponerle.

7.5. Por último, con relación a la bonificación procesal por confesión sincera alegada tenemos que:

a) La confesión consiste en la admisión, por parte del imputado, de los cargos formulados en su contra, según lo dispuesto en el artículo ciento sesenta del Código Procesal Penal. Su confesión tiene valor probatorio cuando está corroborada por otros elementos de convicción, es prestada libremente, en estado normal de las facultades psíquicas, ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado, y es sincera y espontánea.

b) En el caso de autos se cumplen dichos presupuestos, debido a que el procesado Wilder Smiler Tolentino Miraval se presentó voluntariamente a la dependencia policial de Tulumayo (folio 23) a detallar, en presencia del representante del Misterio Público y su abogado defensor, lo ocurrido el día de los hechos, donde detalló cómo ocurrió el evento delictivo,

---

5 Recursos de Nulidad números 701-2014/Huancavelica, 637-2018/Lima Norte, 744-2018/Lima Sur y 197-2017/Lima Sur, entre otros.

cuál fue la participación de ambos procesados y reconoció su responsabilidad. Incluso precisó cuál fue el móvil del ilícito del ilícito y su actuación posterior a la comisión del mismo: cómo quisieron desaparecer el arma con el que se asesinó al agraviado y el tiro disuasivo que realizó al momento de escapar del lugar.

c) Ello hace posible que se le disminuya la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, según lo dispuesto en el artículo ciento sesenta y uno del Código Procesal Penal; de modo que de los doce años que correspondería imponérsele, se le resten cuatro años; esto es, un tercio de los doce años que correspondía imponerle (según lo descrito en el fundamento 7.4).

d) En consecuencia, corresponde casar la sentencia de vista en este extremo y, actuando en sede de instancia, imponer al encausado Wilder Smiler Tolentino Miraval ocho años de pena privativa de libertad que, restando el periodo que se encuentra privado de su libertad (desde el veintinueve de octubre de dos mil quince, en que se emitió la sentencia; folio 151), vencerán el veintiocho de octubre de dos mil veintitrés.

B. SOBRE DEL PROCESADO JAIRO MEZA PONCE

OCTAVO. Conforme se detalló en el considerando sexto, corresponde evaluar si la sentencia de vista se encuentra debidamente motivada o no, sobre la base de pruebas directas o indicios actuados, a fin de garantizar sus derechos a la presunción de inocencia y motivación de resoluciones judiciales. Sobre el particular, tenemos que:

8.1. En autos existen suficientes pruebas que acreditan, de forma plena y directa, la conducta antijurídica que se le imputa a este procesado, lo que fue detallado clara y ampliamente en la sentencia (folio 134) y sentencia de vista (folio 288); entre ellos:

a) Su coprocesado Wilder Smiler Tolentino Miraval reconoció que ambos fueron a la casa de David Tarazona Gerónimo y allí asesinaron a Cesario Espinoza Silva.

b) Jairo Meza Ponce reconoce (y ratifica en el recurso de casación propuesto) que fue al inmueble donde ocurrió el evento criminal, aunque señala que solo fue como taxista.

c) Existe un móvil para el homicidio: David Tarazona Gerónimo señaló que vio en dos oportunidades a Jairo Meza Ponce hurtando peces de la piscigranja del Instituto de Administración de la Amazonía Peruana; ello motivó la intensión del impugnante de asesinarlo. Este detalle fue corroborado con la declaración de Wilder Smiler Tolentino Miraval, quien señaló que su coprocesado le comentó el hecho que motivó la molestia con David Tarazona Gerónimo e intensión de asesinarlo por ello.

d) La testigo de cargo ofrecida por el procesado Tolentino Miraval señaló que el impugnante concurrió a su casa en dos oportunidades, para que le cambie una escopeta, lo que denota su propósito de cambiar el arma con el que se cometió el ilícito.

e) Otra testigo señaló que vio pasar por el lugar los hechos a ambos encausados, en el vehículo con el que se movilizaron para cometer el ilícito.

8.2. Además, la versión del procesado Jairo Meza Ponce (fue al lugar de los hechos como taxista) no resulta razonable, pues su coprocesado no tenía motivos para asesinar al agraviado, peor aún, involucrarlo en el ilícito; tampoco señaló porqué resultarían falsas las declaraciones de Wilder Smiler Tolentino Miraval, David Tarazona Gerónimo y Sonia Grados, ni acreditó ello; tanto más si sus argumentos resultan subjetivos, como –por ejemplo– el hecho de que no se haya acreditado que sabe usar armas de fuego.

8.3. Lo descrito pone de manifiesto que la sentencia de vista recurrida, aunque de forma sucinta, se encuentra fundamentada; por tanto, no se contravinieron los derechos a la presunción de inocencia y motivación de resoluciones judiciales del impugnante. Por ello, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por este procesado.

19

§19. Error de tipo vencible

Casación	126-2019-ICA
Fecha	1 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Chávez Mella.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 427 del NCPP

RESUMEN:

Cuando se invoca la modalidad excepcional de casación, además de cumplir con las exigencias propias de este instituto, reguladas en la norma procesal, se deben exponer puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Asimismo, se advierte que la Corte Suprema ya fijó los elementos que deben de cumplirse para declarar fundado el cese de la prisión preventiva. Por lo tanto, no se requiere mayor desarrollo por parte de esta Suprema Corte. En conclusión, debe desestimarse el presente recurso de casación.

FUNDAMENTOS:

II. El recurso de casación

SEGUNDO. La doctrina define al recurso de casación como un recurso extraordinario y limitado, porque su procedencia debe ser verificada por las causales taxativamente previstas en la ley, cuyo ámbito de aplicación comprende la correcta aplicación del derecho material, la observancia de las normas del debido proceso y, sobre todo, la producción de doctrina jurisprudencial que unifique los criterios

de los tribunales de justicia; por ello, su interposición y admisión están sujetos a lo señalado en el artículo 430 del Código Procesal Penal, pues corresponde a este Supremo Tribunal decidir si el auto concesorio del recurso de casación se encuentra válidamente concedido; y, por tanto, evaluar el cumplimiento de los requisitos de forma para, posteriormente, proceder a conocer el fondo del mismo.

TERCERO. La admisibilidad del recurso de casación, se rige por lo previsto en el artículo 428 del Código Procesal Penal y normas concordantes, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido. Los presupuestos objetivos para la admisibilidad del recurso de casación están señalados en el artículo 427, y las causales para interponerlo, en el numeral 429 del mismo código.

CUARTO. El artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Penal establece de manera excepcional la procedencia del recurso de casación, respecto de resoluciones distintas a las contempladas en los incisos 1 y 3 de la norma mencionada, y a las limitaciones previstas en el inciso 2 de dicha norma. Su procedencia extraordinaria queda siempre condicionada a la discrecionalidad de la Sala Suprema Penal, en tanto lo considere necesario para un mejor desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial. Con tal objeto, el impugnante debe consignar adicional y puntualmente las razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende –de acuerdo con el artículo 430, inciso 3, del Código Procesal Penal– y corresponde a la Sala de Casación determinar si, en puridad, existe un verdadero interés casacional.

III. Análisis del caso concreto

QUINTO. El casacionista no acreditó cuáles son las posiciones disímiles de la jurisprudencia respecto al caso que requiere unificación; tampoco la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial. Solo se limitó a esbozar el razonamiento efectuado por la Sala Penal de Apelaciones y no fundamentó su recurso de casación, conforme a las exigencias del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal; tanto más si al respecto ya existe pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los presupuestos que el Colegiado debe analizar para conceder la prisión preventiva, conforme al artículo 268 del Código Procesal Penal –tres presupuestos: la existencia de fundados y graves elementos de convicción, la prognosis de la pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad y el peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización)–. Aunado a lo anterior, deben considerarse otros dos requisitos adicionales de nivel jurisprudencial: la proporcionalidad de la

medida y su duración (conforme es de verse la Casación número 626-2013/ Moquegua), y que de la resolución recurrida no se advierte que haya incurrido en alguna causal que motive su concesión. Más aún, se advierte que, en el análisis de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, el Colegiado los aplicó de acuerdo a lo consignado en la Circular de la prisión preventiva –véase la Resolución Administrativa número 325-2011-P-PJ, del trece de septiembre de dos mil once– pues se tienen acreditados los suficientes y graves elementos de convicción –la pena privativa a imponer sería mayor a cuatro años– y la existencia del peligro procesal –peligro de fuga u obstaculización–.

SEXTO. En efecto, la resolución de vista motiva las razones por las que resulta atendible la medida cautelar personal de prisión preventiva, solicitada por el titular de la acción penal y, como tal, responde a los principios de excepcionalidad y necesidad, al existir vínculo familiar entre la agraviada y el imputado, aunado a que el hecho investigado es de gravedad, por lo que la medida excepcional se encuentra debidamente justificada.

IV. Costas

SÉPTIMO. El artículo 504, inciso 2, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito; las costas se imponen conforme al apartado 2 del artículo 497 del aludido código, y no existen motivos para su exoneración.

20

§20. Aplicación de la responsabilidad restringida

Casación	1662-2017-LAMBAYEQUE
Fecha	21 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 22 del CP

RESUMEN:

Para aplicar el efecto atenuante de la responsabilidad restringida, no corresponde demostrar el grado de inmadurez del encausado, basta con acreditar su edad cronológica y que, al momento de los hechos, tenía entre 18 y menos de 21 años de edad, como prevé el artículo 22 del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NOVENO. La Sentencia de Casación número 335-2015/Del Santa, delprimero de junio del dos mil dieciséis, estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los criterios señalados en sus fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto. El fundamento jurídico cuadragésimo segundo precisó la aplicación del criterio de atenuación por responsabilidad restringida, previsto en el artículo 22 del Código Penal para todos los delitos en salvaguarda del principio de igualdad. A su vez, en los fundamentos jurídicos cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto, de la referida sentencia casatoria, estableció factores para realizar el control de proporcionalidad de atenuación de la pena.

DÉCIMO. En la Sentencia Plenaria Casatoria número 01-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, las Salas Penales de esta Corte Suprema acordaron formalmente dejar sin efecto el carácter vinculante de la disposición establecida en la Sentencia Casatoria número 335-2015/Del Santa, del primero de junio de dos mil dieciséis, sobre los fundamentos jurídicos que estableció como doctrina vinculante. Es preciso indicar que el contenido de la referida sentencia plenaria está relacionado con los factores para realizar el control de proporcionalidad de atenuación de la pena, lo que fue abordado en los fundamentos jurídicos cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la Sentencia Casatoria número 335-2015/del Santa, conforme se deduce de la parte resolutiva del fundamento jurídico número trigésimo segundo, literal C, de la referida sentencia plenaria casatoria.

DECIMOPRIMERO. Por tanto, la Sentencia Plenaria Casatoria número 01-2018/CIJ-433 no descalifica el fundamento jurídico número cuadragésimo segundo de la Sentencia Casatoria número 335-2015/Del Santa, respecto de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad del imputado, sino que reafirma su aplicación. Al respecto, conforme el fundamento jurídico vigésimo séptimo, apartado cuarto, de la citada sentencia plenaria casatoria: "[...] Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado [...]".

Adicionalmente, la complementa con el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, que establece como doctrina legal que las exclusiones legales contempladas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, son inconstitucionales y, consecuentemente, no debían ser aplicables.

DECIMOSEGUNDO. Lo anterior implica, en salvaguarda del principio a la igualdad –previsto en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política–, que como derecho público subjetivo, toda desigualdad debe tener su origen en un hecho y, consecuentemente, toda diferencia legal de tratamiento no justificado deviene en discriminatoria. Por tanto, las exclusiones establecidas en el artículo 22 del Código Penal implican una discriminación no autorizada constitucionalmente, pues la exclusión basada en la gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido; el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal no tiene su fundamento

causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano (véase el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, fundamentos jurídicos décimo segundo a décimo quinto).

DECIMOTERCERO. El criterio de aplicación de la responsabilidad restringida también se ratificó a través de la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo, prevista en las Sentencias de Casación número 1057-2017/ Cusco, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho; número 1672-2017/ Puno, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho; y número 214-2018/Del Santa, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho. En estas decisiones está asentado el supuesto de que la sola constatación de la edad del imputado –entre 18 y menos de 21 años de edad-, al tiempo de comisión del hecho punible, configura responsabilidad restringida por la edad, por lo que califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena, y no es necesaria la constatación con pericia específica del grado de inmadurez del procesado.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

DECIMOCUARTO. Del análisis de autos, la sentencia de vista, del catorce de noviembre de dos mil diecisiete (foja 131), en el fundamento jurídico cuarto, respecto de la aplicación del artículo 22 del Código Penal, sustentó que: "[...] el grado de inmadurez no puede ser establecido por el solo hecho que el agente tenga entre dieciocho y veinte años de edad, sino que dicha circunstancia debe ser probada en juicio [...]". Dicho fundamento se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, sobre la reducción de la pena por su condición de agente con responsabilidad restringida, e incluso exige un supuesto no previsto en la norma jurídico penal, pues en el artículo 22 del Código Penal no existe ninguna exigencia de determinación del grado de inmadurez como presupuesto normativo, sino que únicamente exige la constatación de la edad cronológica del encausado.

DECIMOQUINTO. En el caso concreto, conforme la acusación fiscal (foja 1), se consigna que el encausado Jabo Olivera tiene como fecha de nacimiento el quince de octubre de mil novecientos noventa y seis –como se corrobora con la documental, foja setenta y nueve, y que fue considerado como un hecho probado durante el proceso, conforme se aprecia del fundamento jurídico sexto, apartado 6.7. de la sentencia de primera instancia–. Los hechos imputados al encausado por delito de robo agravado en grado de tentativa, sucedieron el veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, cuando el encausado contaba con la edad de 20 años, la edad del encausado configura el supuesto de responsabilidad restringida, regulado

por el artículo 22 del código sustantivo. Si bien el delito atribuido al encausado se encuentra consignado con la exclusión del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, pero siguiendo los argumentos esbozados en fundamentos jurídicos precedentes, corresponde la aplicación de la circunstancia atenuante por responsabilidad restringida, en el caso concreto, conforme lo establece el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete.

DECIMOSEXTO. Finalmente, sobre la dosificación de la pena, se consideró la reducción adicional en tres años, por el grado de ejecución del hecho –robo agravado en grado de tentativa–; igualmente, la reducción en tres años, por el estado de ebriedad en que se encontraba el encausado, y la de un séptimo, por la aceptación de cargos atribuidos en su contra. Los fundamentos esbozados precedentemente por este Tribunal Supremo como Corte de Casación –sobre la circunstancia de atenuación de responsabilidad restringida por la edad– conducen a que se reduzca prudencialmente la pena.

21

§21. Actuación policial y exención de responsabilidad penal, doctrina legal

Acuerdo Plenario	05-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona.

No existe en el ámbito de la democracia la denominada "ley de fuga" como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial).

El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 9. Solución de la controversia

52°. La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber. Para que sea de aplicación la eximente referida "es preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible".

53. Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP –a través de los sucesivos actos legislativos indicados: el Decreto Legislativo 982 y la Ley 30151–, exoneran al Perú (y a sus funcionarios policiales) a reducir u obviar los parámetros del uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones unidas (en que nuestro país se inserta) se ha comprometido a cumplir; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengan aquellas.

54. Es pertinente tener en cuenta los casos resueltos por la Corte IDH (Véase FJ 30), el Supremo Tribunal Español (véase FJ. 31) y el TEDH (Véase FJ 32), puesto que dichos órganos de justicia concluyeron que el empleo de las armas está restringido cuando se afecta la dignidad de la persona por tanto, los efectivos policiales siempre que requieran emplear la fuerza lo harán en respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida.

55. No existe en el ámbito de la democracia la denominada "ley de fuga" como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial).

Cabe recordar que en el Perú no se impone la pena de muerte para delitos comunes desde 1979 y que con la Constitución de 1993 (art. 140) se derogó para los delitos comunes.

Resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugar ante la presencia policial (como forma de autotutela ante una inminente detención y posterior procesamiento), salvo que la vida o la integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando (Véase FJ. 18 a 22).

56. Respecto al cambio de la fórmula normativa "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria" sustituida por la frase "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa", resulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término "uso de sus armas" y de la referencia "otros medios de defensa", dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio.

57. El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios.

58. Desde luego no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo, sean razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos.

    La normativa internacional vigente para el Perú, hace referencia clara y reiterada de la fórmula "empleo de la fuerza en cumplimiento de la ley" por cuanto la ley ya ha limitado tanto el uso de armas letales como de armas no letales.

En consecuencia, no hay dilema jurídico para dilucidar, sino el cumplimiento responsable y sensato de las leyes sobre la materia.

59. El procesamiento penal corresponderá en los casos de afectación a los bienes jurídicos que el Código penal protege; no cabe en estas materias una cuestión previa como condición para el inicio de la investigación preparatoria, ni es rol del Poder Judicial en general ni del pleno supremo penal en particular, establecerla pretorianamente.

60. Finalmente, al momento de resolver el pedido de prisión preventiva el juez deberá analizar las circunstancias de cada caso en concreto para tal imposición, esencialmente en respeto de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida, de la mano con las normas nacionales e internacionales (*hard law*) y las decisiones jurisdiccionales locales y extranjeras (*soft law*) que establecen parámetros para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley (Véanse FFJJ 16 a 32).

C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

22

§22. Autoría y Participación delictiva. Complicidad Primaria y Complicidad Secundaria. Criterios normativos y jurisprudenciales. Interés Casacional por errónea interpretación de la Ley Penal. El dolo y su prueba

Casación	367-2011-LAMBAYEQUE
Fecha	15 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Rozas Escalante y Barrios Alvarado.
Disposiciones estudiadas	Arts. 23°, 24° y 25° del CP.

RESUMEN:

Al no existir, en nuestro Código Penal, una norma que diferencie de modo expreso los supuestos de la autoría y la participación, ésta ***deberá ser subsanada por la jurisprudencia penal.***

Los criterios para la distinción entre autor, cómplice primario y cómplice secundario nos son dados por la Teoría del Dominio del Hecho. Hay que agregar que tal análisis ***es aún insuficiente si no se considera, además, los criterios provenientes de las teorías normativas****; es decir, luego de hacer una evaluación desde la Teoría del Dominio del Hecho la situación en concreto, debemos luego valorar el aporte de los sujetos intervinientes para la realización del delito a través de los filtros de la Teoría de la Imputación Objetiva; una vez realizado este análisis se tendrá que evaluar si tal conducta se le puede imputar subjetivamente. La imputación subjetiva necesariamente deberá ser dolosa para el caso de la complicidad.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo punto de inicial para el análisis la teoría del dominio del hecho ***(Apartado V).***

FUNDAMENTOS:

I. ANTECEDENTES

1.1. Que, llevado a cabo el proceso penal, el Fiscal Provincial Penal Corporativo de Jaén, por requerimiento fiscal del diecisiete de marzo de dos mil once -fojas quince- solicitó se imponga treinta años de pena privativa de libertad a los encausados Gilberto Castillo Díaz, como autor y Francisca Correa Montenegro, a título de cómplice primaria, por el presunto delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor, ilícito previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., así como el pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil de manera solidaria a favor de la menor antes referida.

1.2. Así, por resolución del veintisiete de mayo de dos mil once -fojas treinta- se dictó auto de enjuiciamiento, llevándose a cabo el juicio oral contra la encausada Francisca Correa Montenegro, pues el encausado Castillo Díaz fue declarado reo contumaz; y concluidos los debates orales, se emitió sentencia el trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro-, que falló condenado a la antes referida, como cómplice primaria del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo ciento setenta y tres SEGUNDO párrafo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R. a treinta años de pena privativa de la libertad, y fijó la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha menor.

1.3. Leída la sentencia en audiencia privada, la condenada interpuso recurso de apelación dentro el plazo de ley, fundamentándolo por escrito del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiuno-, y concedido el mismo, por resolución del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiocho- se elevaron los autos al superior jerárquico, donde se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia.

1.4. Que, llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió sentencia de vista el veintisiete de setiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete-, de cuyo análisis se desprende que a criterio del *a quem* el grado de complicidad de la imputada solo fue secundario, pues si bien colaboró en alguna de las oportunidades que el imputado Castillo Díaz ultrajó a la menor agraviada, la conducta desplegada por dicha imputada no fue determinante para la realización del hecho punible, razón por la cual consideró necesaria la graduación de la pena impuesta primigeniamente; de esta manera, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la acusada Correa Montenegro, como cómplice, y revocó la pena impuesta de treinta años y, reformándola se le impuso diez años de pena privativa de libertad.

1.5. Leída la sentencia de vista en audiencia privada, la encausada Correa Montenegro interpuso recurso de casación, dentro del plazo señalado en la ley procesal, y fundamentado por escrito del once de octubre de dos mil once -fojas cientos sesenta y cuatro- invocando como causal el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, motivo por el cual por resolución del trece de octubre de dos mil once -fojas ciento setenta y uno- la Sala Descentralizada y de Apelación de Jaén concedió el recurso de casación, disponiendo se eleven los autos al Supremo Tribunal.

1.6. Elevados los autos a este Supremo Tribunal, con fecha siete de noviembre de dos mil once, y cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce –fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, en uso de sus facultades, declaró inadmisible el recurso de casación por la presunta causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, y declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

1.7. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, que se llevará en audiencia privada, con las partes que asistan.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1. Como se estableció por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la Ley

penal, al considerar un interés casacional a fin que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria, conforme al inciso cuarto de artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal y por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD

3.1. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir, que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no solo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes.

3.2. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la inducción (tradicionalmente conocida como autoría intelectual). En torno a la segunda solo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

3.3. No existe una diferencia establecida en el Código Penal en torno a qué debe entenderse por autoría y que ha de entenderse por complicidad. De ahí que es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para establecer una diferenciación entre ambos niveles de intervención.

3.4. En primer lugar, puede adoptarse la teoría del injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías solo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor.

3.5. Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe.

3.6. Una consecuencia adicional de adoptar esta teoría es que desaparece la accesoriedad, como criterio fundamentador de la responsabilidad del partícipe.

3.7. En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional, que son las que

adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia Nº 1805-2005-HC/TC-Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en la que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En esta línea de desarrollo, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo Intérprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición, y que, además, ha servido de fundamento para gran parte de los pronunciamientos judiciales de los últimos años[6] [7], teoría

---

[6] Subraya el Tribunal Constitucional que: "No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico jurídico de las formas de intervención delictiva.

El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación. El artículo 23 de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" (WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. Parte general. 11ª edición, Editorial Jurídica, 1976, p. 143). Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arribe al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución".

[7] En esta misma línea argumental, se tiene la sentencia del 6 de junio de 2005, recaída en el Expediente Nº 4118 - 2004-HC/TC, cuyos criterios en los que se funda esta sentencia "tienen efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos, conforme al artículo 6 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"; criterios que sintetizamos a continuación: i) "La participación delictiva se encuentra prevista en el Capítulo IV, Título SEGUNDO, del Libro PRIMERO de nuestro Código Penal. Las formas de participación reconocidas en nuestro Código Penal son dos: la inducción y la complicidad"; y ii) "la participación delictiva es un ilícito penal regulado en la parte general del

que conforme detallaremos, debe ser considerada como punto de inicio para el análisis sobre el tópico sub examine, para luego ser complementada por criterios provenientes de las teorías normativistas, dada la objeción a la teoría del dominio del hecho al "estar anclad(a) en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social-normativo"[8].

3.8. De estas, es la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

3.9. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito.

3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.

3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la Policía.

3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.

Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción".

[8] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*, p. 366, citado por el maestro sanmarquino Javier VILLA STEIN en su obra *Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición aumentada y actualizada, Grijley, Lima, 2008, p. 315.

3.13. En el análisis subjetivo tiene que determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa. Nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito.

3.14. Estando a los fundamentos esgrimidos, podemos arribar a la conclusión que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo, luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando concretamente determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para los efectos de arribar a la conclusión de si aquel aporte alcanzan una responsabilidad penal.

IV. LA PRUEBA DEL DOLO

4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada.

4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo.

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible -al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual- determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria, más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realiza tendrá como efecto la muerte de la persona.

4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.

4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad.

4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración, ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

4.10. Siendo así, en el caso de autos se advierte que a Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de cómplice primaria; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz) en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada. Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro- se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el veintisiete de setiembre

de dos mil once –fojas ciento cincuenta y siete- en la cual se arribó a la conclusión de que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al SEGUNDO párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, imponiendo la sanción de diez años de pena privativa de libertad.

Desde nuestra perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva -superando una perspectiva ontológica-, la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el Derecho Penal.

4.11. Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta, debemos afirmar que la procesada no actuó dolosamente.

Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.

4.12. En consecuencia, es evidente que en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco del Código Penal, relativo a que tanto el Juzgado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no solo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita).

4.13. Cabe indicar que en el caso sub examine se ha producido una votación en mayoría, por lo tanto, se ha resuelto los de la materia de conformidad con el artículo cuatrocientos treinta y uno inciso cuarto in fine del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

PRIMERO: Como se estableció por la ejecutoria suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de

la ley penal, al considerar de interés casacional que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria. Conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

SEGUNDO: En el caso de autos se advierte que a la encausada Francisca Correa Montenegro, en primera instancia, se le condenó por el delito de violación sexual, en grado de cómplice primaria a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación se determinó que su conducta constituiría una complicidad secundaria.

TERCERO: La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el derecho penal peruano, cuya regulación se encuentra estipulada en el artículo veinticinco del Código Penal que prevé: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". Dicho aquello, la complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo de "cajón de sastre" todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata.

CUARTO: La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico[9]. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro[10] que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

QUINTO: En ese sentido, la ley distingue dos niveles o grados de complicidad convirtiéndolos en indispensables y no indispensables[11]. La calidad del aporte dependerá siempre de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico; sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito. Así, la cooperación necesaria o complicidad primaria sólo será posible en la etapa preparatoria, antes del principio de ejecución (tentativa); en tanto, de otro modo aquella cooperación

---

9 ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 403.

10 WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 170.

11 SOLER SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. II; p. 277

se convertiría en coautoría. La complicidad secundaria, o simple, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

SEXTO: Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza o el valor del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación.

SETIMO: Bajo este contexto, la conducta desplegada por Doña Correa Montenegro si tiene relevancia penal, toda vez que: "Esencialmente el partícipe no tiene ninguna manera de dominio del hecho[12]; siendo así, sus actos no lesionarán el bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor[13]"

OCTAVO: Es decir, la condena impuesta a la encausada Correa Montenegro encuentra su fundamento en que contribuyó de manera determinante a poner en peligro el bien jurídico, pues con su aporte se logró la perpetración del ilícito penal, conforme lo ha detallado la sentencia al pronunciarse respecto a lo señalado por la menor agraviada: "... sabe que el señor Gilberto la ha violado, que ha llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio..." "... que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptada y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles..." sic; hecho probado que objetivamente demuestra aporte de la inculpada en el hecho delictual del autor.

NOVENO: Ahora bien, para determinar si la participación de Correa Montenegro fue a título de cómplice primario o secundario, se debe de establecer la relevancia del aporte en la comisión del delito, sin la cual no se hubiera concretado y el momento en el que se presenta la contribución.

DECIMO: En el caso concreto se determinó que el hecho delictivo -violación sexual- fue llevado a cabo en varias oportunidades, dos de las cuales se dieron en la casa de la encausada, por lo que está plenamente acreditado que la

---

[12] Nilo Batista, 1979, Pág. 120-121, Concurso da agentes, Editorial Liber Juris, Río de Janeiro.

[13] Berdugo, 1999, Pág. 326, citado por Felipe Villavicencio Terreros en Derecho Penal-Parte General, Pág. 493 cuarta reimpresión, enero 2013, editorial Grijley.

conducta desempeñada por ésta si bien no fue imprescindible para la comisión del delito

-ya que se concretó el delito en otras cinco oportunidades sin su ayuda- aportó causalmente a su ejecución.

DECIMO PRIMERO: Por tanto, si bien el hecho delictivo se hubiera podido perpetrar sin su ayuda o con ayuda de cualquier otra persona; ello no excluye su responsabilidad respecto de las dos oportunidades en las que prestó apoyo para la comisión del delito, lo único que determina es que su participación para cometer el delito era reemplazable (irrelevante) y si bien la conducta de ayudar al hecho delictivo hubiera podido ser realizado por cualquier otra persona -ya que cualitativamente podría haber sido reemplazada-, en el presente caso su participación fue relevante para la consumación del hecho delictivo, ya que con sus acciones produjo un incremento del riesgo relevante en razón del cual favoreció causalmente la conducta del autor, incrementando incluso las posibilidades de éxito en la comisión del delito de violación sexual, por lo que es susceptible de reproche penal a título de cómplice secundario.

DECIMO SEGUNDO: Finalmente, es de precisar que la conducta desplegada por la procesada no es neutral, ya que la misma no es una conducta inocua, cotidiana, ni mucho menos banal, tampoco se encontraba desempeñando un rol en concreto, la conducta de la procesada favoreció a la comisión del hecho delictivo -violación sexual- ya que no sólo autorizó el uso de su inmueble para la consumación del hecho sino que realizó actos concretos para facilitar el encuentro entre el inculpado y la menor agraviada cuando ésta contaba con trece años de edad, actuando dolosamente en su aporte.

DECIMO TERCERO: Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código Adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

23

§23. Cosa juzgada e instigación en masa

Casación	842-2015-LAMBAYEQUE
Fecha	21 de diciembre de 2016
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 24º del CP y 429º del NCPP

RESUMEN:

El límite subjetivo, del efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al sujeto pasivo del proceso penal, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado y no lo fue. Los co-partícipes se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trata de los mismos hechos. En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de persona, debe ser directa.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, como es obvio, no está en discusión el juicio de hecho. Tampoco lo está la interpretación y aplicación del derecho probatorio. Rige, por tanto, el principio de inmutabilidad del juicio histórico de la sentencia de mérito, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 432, apartado 2), última frase, del Código Procesal Penal: "[La Corte Suprema] *Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos*".

Siendo así, se parte del hecho probado de que los miembros de las rondas campesinas privaron de su libertad a la agraviada Vargas Santa Cruz, a quien se

le atribuyó la comisión de un delito de homicidio, y que bajo la modalidad de "cadena ronderil" estuvo privada de su libertad por setenta y dos días. Asimismo, se declaró probado que los tres imputados, como dirigentes róndenles, en el denominado "juicio popular" realizado el día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, intencionalmente determinaron a los integrantes de las bases róndenles allí presentes -reunión a la que asistió el Ministerio Público e invocó la entrega de la agraviada a la justicia- a que la indicada agraviada continúe con la privación de su libertad -permanecía en esa condición desde el día treinta de octubre de dos mil cinco- mediante "cadena ronderil" por cien bases más, lo que así ocurrió. La agraviada recién fue entregada a la justicia el día seis de enero de dos mil seis.

SEGUNDO. Que, con respecto a la causal de vulneración de precepto constitucional, en concreto de lo establecido en el artículo 149 de la Constitución, este Supremo Tribunal, ante la ausencia de una Ley Orgánica que desarrolle los linchamientos de la Justicia Comunal, fijó los criterios fundamentales que determinan la legitimidad de la actuación de las rondas campesinas a través del Acuerdo Plenario número cero uno guión dos mil nueve oblicua CJ guión ciento dieciséis.

Se debe tener en cuenta dos factores de apreciación: objetivo y de congruencia. El primero, factor objetivo, importa analizar cuatro elementos: **(i) humano** -atributo socio cultural-, **(ii) orgánico** -existencia de autoridades de la organización tradicional que actúen como tal y en el ámbito de sus funciones preestablecidas-, **(iii) normativo** -existencia de sistema jurídico propio- y, **(iv) geográfico** -tradicional aplicada en el ámbito territorial de la que surgió y se aplica-.

En el caso de las rondas, se reconoce sin más los dos primeros elementos, y el examen judicial ha de centrarse con más fuerza: a) en la presencia de un sistema jurídico propio, cuya finalidad constitucionalmente admisible será la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia -de ahí que es muy importante en este punto la necesidad de una pericia cultural-antropológica-, y b) en que las normas comunales se apliquen dentro de su ámbito geográfico propio. El factor de congruencia, determina que se examine que la concreta actuación de la ronda -siempre basada en el derecho tradicional con la delimitación ya acotada— no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales, bajo el entendido de que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho fundamental colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial nunca se reconoce de manera absoluta, y que existen otros derechos fundamentales individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse

los derechos fundamentales antes citados. Ese juicio de ponderación debe realizar la jurisdicción penal ordinaria -no puede dar por supuesto que la actuación de la ronda es de por sí legítima-, y comprobar si se produjo o no una actuación ilegítima -porque se rebasó la norma consuetudinaria o ésta en sí misma infringió el contenido esencial de un derecho fundamental de primer orden- y sancionable penalmente, bajo los criterios fijados en la Sección Tercera -el rondero ante del Derecho penal— del referido Acuerdo Plenario.

TERCERO. Que, ahora bien, en el caso concreto, precisamente, se denuncia que los factores antes mencionados no se han cumplido y, por ende, que la denominada "cadena ronderil", aplicada a la agraviada y que duró setenta y dos días, es ilegítima y, por ende, los que intervinieron en su imposición y ejecución son responsables penalmente por el delito de secuestro.

Sin embargo, es de tomar en cuenta un impedimento procesal destacado desde siempre, incluso en la audiencia de casación, por el imputado recurrido Santos Guerrero. En efecto, por estos mismos hechos -que incluyó otros intervinientes y víctimas, así como otros sucesos de fecha distinta-, con anterioridad, se inició e instauró un proceso penal. Este culminó, en fase declarativa, con la Ejecutoria Suprema número cuatro mil cuarenta y tres guión dos mil trece oblicua Lambayeque, de veintidós de julio de dos mil catorce.

Es verdad que en ese proceso y Ejecutoria Suprema no se incluyó a los tres imputados en esta causa, pero sí se comprendió a la agraviada Vargas Santa Cruz y, relevantemente, se trató exactamente del mismo hecho. La Ejecutoria Suprema, emitida por la Sala Penal Permanente de este Supremo Tribunal, en el fundamento jurídico seis, apartado diez, expresamente anotó que la intervención realizada contra los agramados tuvo lugar dentro del ámbito de la zona en que habitaban, la cual se rige por sus normas consuetudinarias; y, en tanto la imputación contra el dirigente rondero está vinculada al hecho de su actuación como tal al atribuirse a la agraviada la comisión de un hecho ilícito, entonces, existió un motivo y una facultad justificada. No se cometió, por consiguiente, -según esa Ejecutoria- un injusto penal.

Con independencia de la opinión que pueda merecer esa decisión, si cumplió o no con el examen de los factores objetivo y de congruencia que legitiman la actuación de una ronda campesina cuando privan o limitan derechos de los ciudadanos, la vigencia ergaomnes y plena aplicabilidad de esa Ejecutoria Suprema está fuera de toda discusión.

CUARTO. Que, en este orden de ideas, es del caso afirmar lo que se denomina "eficacia refleja de la cosa juzgada". La eficacia directa -a la que ha de

incluirse la eficacia "ultra reum" de la cosa juzgada- está ampliamente reconocida por los artículos 78 numeral 2 y 90 del Código Penal, así como por los artículos III del Título Preliminar -al incluir la sanción administrativa- y 6 numeral 1 del Código Procesal Penal. Y, la eficacia refleja, por lo menos uno de sus supuestos, está en el artículo 79 del Código Penal -eficacia de la cosa juzgada civil en el proceso penal-, otra en el citado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal al incluir la sanción administrativa-, y finalmente el artículo 408 del Código Procesal Penal respecto de los coimputados no recurrentes.

Bajos los últimos parámetros normativos citados, no es del caso aceptar la validez del argumento a contrario sino la del argumento analógico. Los co-imputados, a quienes se les atribuye intervención conjunta en un contexto delictivo en la comisión de una infracción punible, desde luego, se benefician de la extensión de la cosa juzgada relativamente en cuanto a las cuestiones comunes -con exclusión de que existan razones personales- y siempre que ella sea propicia a los fines de la defensa -su ratio está en el principio de la 'útil gestión procesal'. [FRANCESCO CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal,* pp. 261/262].

Por consiguiente, si se declaró lícito o no antijurídico el hecho típico que se atribuye a uno de los co-intervinientes en un proceso penal, no es posible que en otro proceso penal se pueda declarar delictiva la misma conducta cometida por otros co-intervinientes -la primacía de la seguridad jurídica es fundamental en este lineamiento; por ello, la sentencia que declare inexistente un hecho o atípico o no antijurídico tiene eficacia prejudicial en un ulterior proceso penal sobre el mismo lecho [DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, p. 542]. Bajo esta perspectiva, el límite subjetivo, del efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al **sujeto pasivo del proceso penal,** pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado -o, mejor dicho)-y no lo fue [GIMENO SENDRA, Derecho Procesal penal, p. 853], Los co-partícipes se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trata de los hechos.

En conclusión, no es posible abordar, autónomamente, si la conducta de los imputados Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamo y Elinita ZavaletaGarcía, es ilícita y si, en esa virtud, medió una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por el artículo 149 de la Constitución.

El motivo en cuestión debe desestimarse y así se declara.

QUINTO. Que la instigación está definida legalmente en el artículo 24 del Código Penal: "*El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena lie corresponde al autor*".

Según, los hechos objeto del proceso penal, el día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, en la "Asamblea Ronderil" realizada en el Centro de Acopio del distrito de Huarango, después de haber hecho pasar a la agraviada Vargas Santa Cruz, siempre privada de su libertad, por diferentes poblaciones -cadena ronderil-, hizo uso de la palabra el encausado Santos Guerrero, quien se dirigió a los presentes -un aproximado de cien personas no identificadas- y les manifestó: *"¿Qué querían?, ¿Querían que la agraviada sea puesta a disposición del Ministerio Publico o que se le siga sancionando?"* Asimismo, expresó que era de opinión que la agraviada siga siendo pasada por bases róndenles, por cien bases más. A continuación, invitó a votar a la población. Las expresiones del encausado Gregorio Santos Guerrero fueron refrendadas por los demás líderes, entre ellos los otros imputados. En la votación se acordó que la agraviada pase por diversas bases róndenles.

SEXTO. Que, respecto de la instigación, y en lo pertinente, es del caso puntualizar (i) que la acción del instigador debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal -provoca en el autor la resolución delictiva; la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador-; y, (ii) que esa conducta debe estar dirigida tanto a un hecho determinado como a un autor determinado -en este último elemento objetivo se exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable, debe dirigirse a personas concretas— [JESCHECK, H-H, Tratado de Derecho Penal — Parte General, p. 741].

La actividad persuasiva del inductor o instigador, desde luego, puede dirigirse a una persona o a un grupo de personas determinadas [VILLAVICENCIO, Derecho Penal Parte General, p. 518], Es obvio, entonces, que la instigación puede alcanzar a varias personas -esto es lo que entiende por 'círculo de personas individualizables, concretas, determinables', a los que aquél se dirige-. *"Los casos más claros de instigación son aquellos en que el instigado es un solo individuo; no obstante, es muy frecuente que el instigador persuada, determine a varias personas para que cometan un delito. Pero en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que esa posible la acción persuasiva del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones con ellas -no es necesaria concreción- Si el instigador o inductor desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "paz pública"*. [HURTADO POZO, Manual de Derecho Penal, 1987, p. 538], Así lo era en el artículo 282 del Código Penal de 1924

"provocación pública al delito", y lo es para el caso del terrorismo: artículo 6 del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco.

En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa [MlR PU1G, Derecho Penal – Parte General, p. 409]. Así también, Sentencias del Tribunal Supremo Español número ciento veintiséis oblicua dos mil, de veintidós de marzo, número quinientos treinta y nueve oblicua dos mil tres, de treinta de abril, número ochocientos trece oblicua dos mil ocho, de dos de diciembre, y número mil veintiséis oblicua dos mil nueve, de dieciséis de octubre.

SÉPTIMO. Que, por consiguiente, no puede reputarse instigación la conducta de los tres imputados, en la medida en que eran dirigentes ronderos, cuando plantearon a la Asamblea Ronderil que dirigían, como opción que debía adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de "cadena ronderil", y que esa posición, mediante votación, fuese aceptada por la referida Asamblea.

La interpretación y aplicación del artículo 24 del Código Penal por al Tribunal Superior es jurídicamente correcta.

El recurso de casación por este motivo no puede prosperar y así se declara.

OCTAVO. Que, para el pago de las costas del recurso, estando a la desestimación del recurso de casación, es de aplicación respecto de la agraviada recurrente el artículo 504 numeral 2 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 506 del mismo Cuerpo de Leyes. En cuanto al representante del Ministerio Público resulta de aplicación el artículo 499 numeral 1 del Código Procesal Penal: está exento del pago de costas.

24

§30. Suficiencia probatoria-coautoría

Recurso de nulidad	1084-2018-CALLAO
Fecha	8 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 23 del CP

RESUMEN:

Los elementos de prueba actuados constituyen prueba suficiente para sustentar una condena en contra de los procesados.

El título de participación en una actuación conjunta lo define el dominio del hecho y la participación en la ejecución del delito. El cómplice se limita a efectuar actos de auxilio, no ejecuta la acción.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO. Fundamentos del Tribunal Supremo

2.1. La materialidad de los delitos que se imputan a los procesados no es tema de controversia, se encuentran plenamente acreditados con las actas de defunción, protocolos de necropsia y certificado médico legal de las víctimas.

2.2. Los recurrentes niegan su vinculación con estos delitos, Eduardo Pérez Coronado y Víctor Andrés Guillén Lumbreras alegan no haber estado presentes cuando ocurrieron los hechos, mientras que el encausado Raúl Enrique Mejía Chumbiray afirma que sí estuvo, pero niega haber participado en ellos.

2.3. Es preciso tomar en cuenta que en el análisis de los hechos y de las pruebas que los sustentan, el juzgador parte de la evaluación individual de cada una de las pruebas, para luego confrontarlas entre sí, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, conforme así lo establece el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que dispone que el criterio de conciencia rige la apreciación de las pruebas.

2.4. De modo que, la solidez y contundencia de una incriminación no necesariamente reposa en la declaración de uno solo de los testigos, cabe la posibilidad de que otros testigos aporten información que, sin contraponerse entre sí, contribuya a tener una visión completa de cómo ocurrieron los hechos.

2.5. En el caso de autos, obran como pruebas de cargo los testimonios del agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, de Mariela Joanna Belliza Márquez (conviviente del agraviado José Dante Flores Figueroa), de John Arnold Rojas Flores Montufar, de Jacqueline Rocío Morales Córdova (esposa del agraviado Anthony Manuel Cuya Loyo) y de Luis Giancarlos Sánchez Figueroa, todos los cuales, a excepción de los dos últimos, estuvieron presentes en la reunión en la que se produjo el tiroteo que acabó con las vidas de Anthony Manuel Cuya Loyo y José Dante Flores Figueroa, y se lesionó gravemente al menor Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar.

2.6. Ni los procesados ni los testigos han indicado que exista entre ellos algún vínculo u otro elemento de juicio que mermen la credibilidad de estos testimonios; y sus declaraciones a nivel policial, que han sustentado las condenas, han sido vertidas en presencia del Ministerio Público.

2.7. Cuando existen variedad de testimonios, debe tomarse en cuenta que cada persona tiene su propia apreciación de los hechos, además de que el trauma que viven al momento de su comisión puede conllevar que no haya total coincidencia entre ellos en cada detalle que narran, lo que no resta credibilidad a sus versiones, dado que lo importante es que el hecho sustancial que narran sea coherente y que no existan diferencias trascendentes que conlleven su inexistencia.

2.8. En este orden de ideas, el hecho sustancial que todos estos testigos relatan es que tres o cuatro personas que portaban armas de fuego incursionaron en el inmueble en el que se hallaban reunidas las víctimas, y empezaron a disparar, por lo que hay coherencia en sus testimonios.

2.9. Los testigos que estuvieron presentes, el agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, John Arnold Rojas Flores Montufar y Mariela Joanna Belliza Márquez, sindicaron a los procesados Eduardo Pérez Coronado, Víctor Andrés Guillén Lumbreras y al difunto Luis Ángelo Guilén Lumbreras, como

los que ingresaron al inmueble; el agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar sindicó, además, al procesado Raúl Enrique Mejía Chumbiray.

2.10. Que el procesado Raúl Enrique Mejía Chumbiray solo haya sido sindicado por el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, que la testigo Belliza Márquez no lo mencione como uno de los que participaron en el hecho y que el testigo Jhon Arnold Rojas Flores afirme que él estuvo departiendo con las víctimas en la reunión, que era amigo de ellos y no participó en los hechos, genera la posibilidad de que el menor agraviado Mack Anthony Ambrosio Flores Montufar se haya confundido al verlo en la escena de los hechos, esta duda debe interpretarse a favor de este procesado, en aplicación del principio in dubio pro reo (la duda favorece al reo), establecido constitucionalmente.

2.11. El cuestionamiento a los reconocimientos efectuados a los demás procesados, por el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, se centra en que no los describió físicamente antes de que le mostraran las fichas Reniec; sin embargo, esta falta de formalidad en el reconocimiento fotográfico no invalida su sindicación.

2.12. Lo reseñado anteriormente podría deberse a que, por no ser del barrio, no los conocía por sus nombres y apelativos, pero tan pronto se le mostraron las fichas Reniec, los reconoció, a tal punto que pudo discernir sin lugar a dudas que fue Luis Ángelo Guillén Lumbreras (procesado difunto) el que forcejeó y disparó contra José Dante Flores Figueroa –lo que se encuentra acreditado con el hecho de que dicho procesado también resultó herido–; además, a través de sus escritos, ratificó dicha sindicación y señaló que no se volvió a presentar al proceso, por las amenazas de las que era víctima por parte de los procesados y de sus familiares, lo que resulta creíble, dado que también los testigos Jaqueline Rocío Morales Córdova y Jhon Arnold Rojas Flores presentaron escritos en ese sentido.

2.13. Sin embargo, adquiere notable significancia la sindicación de la testigo Mariela Joanna Belliza Márquez (conviviente del agraviado José Dante Flores Figueroa), quien, aunque dice que viajaba constantemente a Chile, formaba parte de esa vecindad en que procesados y víctimas se conocían, por lo que resulta creíble que los haya identificado desde un inicio por sus nombres y apelativos e, inclusive, dio detalles sobre la participación de cada uno de estos.

2.14. No resulta creíble su rectificación posterior en instrucción y en juicio oral, no solo por los detalles que precisó inicialmente, sino porque el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar (en el escrito que presentó) afirmó que tenía conocimiento de que a esta testigo también la habían amenazado para que se rectifique.

2.15. El testimonio de Jacqueline Rocío Morales Córdova contribuye a corroborar la veracidad de las declaraciones de los testigos señalados, si bien es referencial, por cuanto se trata de una testigo de oídas, que recogió las últimas palabras del agraviado Cuya Loyo, quien sindicó a los procesados en su lecho de muerte. Esta testigo refiere puntualmente que su conviviente le dijo que los hermanos Guillén Lumbreras y Pérez Coronado le dispararon.

2.16. Sus testimonios se encuentran, además, corroborados con los diversos dictámenes periciales obrantes en autos, que dan cuenta del hallazgo de casquillos de bala, proyectiles, orificios y sangre, en el inmueble en que ocurrieron los hechos.

2.17. La versión de estos testigos, respecto a que todos portaban armas de fuego y dispararon, se encuentra corroborada con el protocolo de necropsia de Dante Flores, en el que, al describirse las diferentes heridas por proyectiles de armas de fuego que presentaba, se hizo alusión a que solo una de ellas fue producida por un proyectil encamisado, lo que advierte que le dispararon con, por lo menos, dos tipos de armas distintas –los cartuchos de los revólveres se caracterizan por tener punta de plomo, cualquiera sea su tipo, y las pistolas por tener proyectil encamisado–. Resulta significativo que la única bala que hirió mortalmente y que se alojó en el hígado del agraviado Cuya Loyo también fuera un proyectil encamisado.

2.18. En la sentencia impugnada se imputa un concierto de voluntades para la comisión de todos los delitos, pero se les atribuye distinta participación en cada uno de estos. Así, se les condenó como autores en el homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa; como cómplices primarios en el delito de homicidio simple, en agravio de Cuya Loyo, y de lesiones graves, en agravio de Marck Anthony Flores Montufar (bajo el supuesto de que Luis Ángelo Guillén Lumbreras, el fallecido, sería el autor).

2.19. Si uno solo consumó el tipo penal, responde a título de autor y los demás a título de partícipes; la ejecución del hecho por varios agentes que concertaron una acción importa un caso de coautoría, no de autoría única plural.

2.20. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, las distintas contribuciones se consideran como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención.

2.21. Un cómplice, aunque sea el necesario, no forma parte de la ejecución del delito, su acción se limita a prestar actos de auxilio y colaboración.

2.22. La versión de los testigos es que todos portaban armas de fuego y dispararon. La existencia de pluralidad de armas, como ya se expresó precedentemente, se encuentra corroborada con los protocolos de necropsia, que dan cuenta de que en la escena de los hechos se usaron pistola y revólver.

2.23. El hecho de que todos portaran armas de fuego evidencia que estaban dispuestos a disparar; esto desvirtúa la teoría de la complicidad y nos coloca en un escenario de coautoría.

2.24. Aunque la ejecución del hecho se hubiese iniciado en régimen de autoría única (uno de ellos empezó a disparar), si los otros intervinieron de manera conjunta, disparando y pretendiendo lograr la consumación del tipo, se configura la llamada coautoría sucesiva, aunque este no haya sido el acuerdo inicial.

2.25. La existencia de una sola resolución criminal para la comisión de todos los delitos determina que el grado de participación es el mismo en cada uno de los procesados. Por lo tanto, ostentan la condición de coautores en cada uno de los delitos que se les imputa y no la de cómplices.

2.26. No obstante, al ser los procesados los que impugnaron la sentencia, no procede la reforma en la recalificación del grado de participación en perjuicio de estos, en virtud del principio de interdicción de la reforma en peor, por lo que no cabe reformar el fallo en los extremos en que se les condenó como cómplices. No ocurre lo mismo con la acusación por el delito de homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa, en que se les atribuyó la condición de autores, dado que la pena para el coautor es la misma que para el autor, por lo que debe reformarse el fallo en este extremo.

2.27. En cuanto a la configuración de la circunstancia calificada de "gran crueldad" en el delito de homicidio, esta agravante importa la presencia indispensable de dos condiciones: primero, el agente debe actuar con la intención de hacer sufrir física o psíquicamente a la víctima –si se llega a verificar que en la elevada crueldad no hay intención de acrecentar el sufrimiento de la víctima, no se concreta la modalidad–; segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr la muerte de la víctima, el agente lo hace con la sola intención de hacerlo padecer antes de que se produzca la muerte, demostrando con ello ensañamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

2.28. De la sentencia impugnada se desprende que el sustento fáctico para considerar acreditada la concurrencia de esta agravante en el delito de homicidio, en perjuicio de José Dante Flores Figueroa, es la multiplicidad de heridas de bala que, según el Protocolo de Necropsia, presentaba. Sin embargo, se encuentra acreditado con la declaración de los testigos antes indicados y la del imputado

difunto Luis Ángelo Guillén Lumbreras, que este agraviado sacó un arma con la cual también habría disparado, lo que explica la razón por la cual sus agresores terminaron acribillándolo y evidencia que la causa de los numerosos disparos en su contra no fue producirle un sufrimiento innecesario, sino ultimarlo, lo que no configura la agravante de "gran crueldad" que se les imputa.

2.29. No obstante, de autos también se desprende que no escapaba del conocimiento de los acusados que en la reunión en que se encontraban los agraviados se estaba libando licor y que la reunión venía desarrollándose desde el día anterior; el alto volumen de la música debe haber advertido de ello al vecindario y, precisamente, este fue el pretexto que usaron los acusados para irrumpir en el inmueble.

2.30. El alto grado de ebriedad en que se encontraba Dante Flores (en su protocolo de necropsia se consignaron 3.30 gramos de alcohol en la sangre) no le permitió la misma clase de reacción que habría tenido de haber estado ecuánime, a ello cabe agregar que se encontraba en una reunión familiar y con algunos amigos, contexto en el cual las personas suelen desenvolverse confiadamente bajo la seguridad que les infunde el encontrase en una casa de familia; por lo que el estado de indefensión también alcanzaba a las otras víctimas que se encontraban dentro de esta. El uso de arma de fuego en defensa propia, por parte del agraviado Dante Flores, no desvirtúa el estado de indefensión en que se encontraba, en razón de que la reacción fue posterior a la agresión, luego de reponerse de la sorpresa.

2.31. El aprovechamiento que los agentes hicieron de estas circunstancias de indefensión de las víctimas les aseguraba el éxito de su propósito y advierte de su total menosprecio por la vida humana, lo que constituye la agravante de alevosía, prevista también en el inciso 3 del artículo 108 del Código Penal, invocado como sustento jurídico de la acusación fiscal.

2.32. En consecuencia, corresponde la desvinculación en la calificación jurídica de la circunstancia agravante de "gran crueldad" por la de "alevosía". Si tomamos en cuenta que existió una misma resolución criminal para todos los delitos imputados, esta agravante se adecúa a todos los homicidios que se les sindica.

2.33. Pero, nuevamente en atención al principio de interdicción de la reforma en peor, no procede la recalificación agravando el tipo penal del delito de homicidio simple, en agravio de Cuya Loyo, que se les imputa. Contrariamente, en la acusación por delito de homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa, esta desvinculación no es tan trascendente como para afectar los derechos de defensa de los procesados, en tanto se trata de la evaluación de una

circunstancia de hecho que ha sido materia de prueba, por lo que debe reformarse la sentencia en este extremo.

2.34. En cuanto al móvil, según asevera el testigo Luis Giancarlos Sánchez Figueroa, el motivo fue el cobro de cupos que el occiso se negaba a pagarles, mientras que la testigo Jacqueline Rocío Morales Córdova, en su declaración

testimonial, refirió que su conviviente, el agraviado Cuya Loyo, antes de morir en el hospital, le dijo que el motivo fue por un tema de dinero; independientemente de la exactitud de estas versiones, sí resulta creíble que en el trasfondo existía rencilla entre José Dante Flores Figueroa y las víctimas, sea por motivos económicos o por supremacías de bandas en el barrio.

2.35. Así se desprende del hecho de que eran vecinos y se conocían entre sí por nombres y apelativos. Adicionalmente, la autoridad policial, al atestado que dio origen al presente proceso, acompañó las copias de otros atestados, que informan que los procesados se veían constantemente implicados de manera conjunta en la comisión de otros delitos de homicidio con armas de fuego en la jurisdicción del Callao, que derivaron en la muerte del procesado Luis Ángelo Guillén Lumbreras, en circunstancias de un presunto ajuste de cuentas por sicarios.

2.36. Las declaraciones de los acusados en juicio oral no son medios de prueba, sino argumentos técnicos de defensa que no han sido corroborados con medio de prueba.

2.37. Respecto del acusado Mejía Chumbiray, conforme declararon los testigos, el único que lo involucra es el menor agraviado, y no fue corroborado; por el contrario, hay dos testimonios, como glosamos anteriormente, que afirman que esta persona participaba de la reunión en la que estuvieron las víctimas, inclusive se afirma que Dante Flores Figueroa lo mandó a comprar cigarrillos a la calle, lo que determina que no haya estado en el grupo de los agresores, sino de los agredidos. Estas razones generan un margen de duda razonable sobre su participación en los hechos, que debe resolverse como dispone el numeral 24, inciso e, del artículo 2 de la Constitución Política, concordante con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

2.38. Las declaraciones de los testigos de descargo: Vanessa Yahaira Oyola Girot, Juana Elizabeth Lumbreras y Máximo Alberto Aldón Cornejo no logran rebatir la contundencia de las pruebas de cargo contra los procesados Eduardo Pérez Coronado y Víctor Andrés Guillén Lumbreras; sus dichos no se encuentran corroborados con ningún elemento de juicio, además de que uno de ellos es familiar del acusado, por lo que existen dudas sobre su imparcialidad al declarar.

2.39. En cuanto a la pena impuesta, tratándose de un concurso ideal de delitos, corresponde aplicar la pena del delito más grave, incrementada hasta en una cuarta parte, como lo dispone el artículo 48 del Código Penal.

2.40. La pena mínima para el delito de homicidio calificado (delito más grave imputado) es de quince años de pena privativa de libertad, la máxima es de treinta y cinco años, así lo sanciona el artículo 108, concordante con el artículo 29 del código sustantivo. No puede incrementarse la pena máxima más allá de treinta y cinco años, por ser el tiempo límite máximo para las penas privativas de libertad.

2.41. A Eduardo Pérez Coronado se le impuso treinta años de pena privativa de libertad y a Víctor Andrés Guillen Lumbreras, veinticinco años.

2.42. Eduardo Pérez Guillén tiene la condición de reincidente, como se desprende de sus certificados de antecedentes penales, por lo que le correspondería una pena mayor; Víctor Andrés Guillén Lumbreras no registra antecedentes penales, pero no existen otras circunstancias atenuantes genéricas que ameriten disminuirle aún más la pena impuesta, la que por las circunstancias de comisión del hecho resulta proporcional a los delitos que se le sindican, por lo que deben confirmarse estos extremos.

3. DE LAS PENAS

A. CLASES DE PENAS

25

§25. La ejecución de la pena de inhabilitación y el recurso impugnatorio

Acuerdo Plenario	10-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro y Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29°, 30° y 31°.3 del CP.; 332° del ACPP.; 288°, 402°.2, 403°.1 y 418°.2 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 19°

RESUMEN:

En el marco normativo establecido por el ***Código de Procedimientos Penales*** *rige el* ***sistema de ejecución provisional de las penas****, tal como lo dispone en su artículo 330°, lo que significa que* ***no será requisito previo para la ejecución de la pena de inhabilitación la existencia de condena firme****. Sin embargo la regulación del* ***Código Procesal Penal del 2004 -para el caso de las penas de multa y limitativas de derechos-, asume el sistema suspensivo en la ejecución de penas****, respecto de la impugnación de la sentencia condenatoria, lo cual supone que*

sí será necesaria la existencia de sentencia condenatoria firme, para la ejecución de la pena de inhabilitación.

FUNDAMENTOS:

"6°. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

7°. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: "La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...". También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que "El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente

a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme".

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8°. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según

el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "... entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331° in fine ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9°. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los

que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior."

26

§26. La pena de inhabilitación

Acuerdo Plenario	2-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordóñez y Santos Peña.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 39° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 16°

RESUMEN:

La inhabilitación ha de estar claramente relacionada con el delito cometido por el penado. Es en este sentido que el nuevo Código Procesal Penal regula la ***vinculación penológica relativa****, en tanto estipula que no es posible la imposición de una pena más grave que la requerida por el fiscal. Sin embargo, si el Fiscal omite solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación -que es el caso de la inhabilitación principal- será imposible dejar de imponerla. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado, lo que conlleva a que no sea posible que su imposición ex oficio pues vulneraría la garantía de defensa procesal toda vez que un ámbito del fallo sería sorpresivo.*

En caso de ser impuesta como pena conjunta, la inhabilitación se computa a partir de la fecha en que la sentencia adquiere carácter firme. En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal y no puede ser superior a cinco años.

FUNDAMENTOS:

"Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal:

6º. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7º. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37º del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39º y 40º del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177º, 181º-B y 398º del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

Contenido de la pena de inhabilitación:

8°. El artículo 36° Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la

pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha válido o podría valerse en el futuro para cometer el delito.

En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

Duración y cómputo de la pena de inhabilitación:

9°. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la *inhabilitación principal* recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de *inhabilitación accesoria*, esta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10°. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la "naturaleza de las cosas'", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de Libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -- no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: "Privación de la función, cargo o comisión que ejerce el condenado, aunque provenga de elección popular", como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por cierto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos son de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación:

11°. El artículo 92°.4 de Ia Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la

pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que esta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación: ***(1) La congruencia fáctica***: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, ***(2), la congruencia jurídica***: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica").

La congruencia cuantitativa, en función al petitum del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal un facultad específica de delimitar el marco superior punitivo. Dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12°. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° del Código Penal establece que la pena de inhabilitación.- según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria: no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente ala función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas a tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces,

la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículo 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga ex oficio iudex pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13°. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo38° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último del párrafo, 117°, 121° -A, 124°, 153° -A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181° -A, 181° -B, 183° -A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° in fine, 259°, 260°, 274°, 296°, 296° -A, 297°, 300°, 303° -B, 316°. 1 y 2, 317° in fine, 318°, 318° -A penúltimo párrafo, 320°, 323° in fine, 324°, 376° -A, 393°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°,401°, 409°-B y 450° -A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica Legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionario Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° - delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales. En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 –delitos aduaneros-, artículo 10°, b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 –delitos de terrorismo, artículos 5° y 6° -A.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente en el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación –en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°- la emisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de prescripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la ***pena de inhabilitación principal*** el tipo delictivo específica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos esos casos rige el mismo principio del literal anterior; la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esta consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, loa fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos

comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueron pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, **no el acusatorio.** ***No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de la desvinculación.*** En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14°. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

Ejecución de la pena de inhabilitación:

15°. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo

órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de desobediencia a la autoridad (artículos 368° del Código Penal)

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo u omisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°.1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios al condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°.1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargadote su control; y ,si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada

de designar a quien haya de sustituir al penado, así como -si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento. Incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16°. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente." (Sic.)

27

§27. Nulidad e inhabilitación

Recurso de nulidad	253-2018-LIMA
Fecha	19 de noviembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 36 del CP

RESUMEN:

1. Se trata de pruebas inculpatorias, fiables, concordantes entre sí y suficientes. Se pidió dinero para intervenir en la emisión de un dictamen favorable a los intereses del solicitante –el dinero se consiguió y el "servicio" no se cumplió, incluso se entregó a esta última un dictamen que finalmente no avaló la Oficina de Asesoría Jurídica–. El hecho de que no se aceptó la versión de la denunciante respecto de la intervención, en un contexto delictivo, no niega el mérito de los cargos contra el imputado. 2. La norma sancionadora, previó la pena de inhabilitación, sin fijar un tiempo determinado, así como, ha impuesto otras incapacitaciones y, además, un tiempo impropio no equivalente con la pena de privación de libertad, por lo que, es de rigor corregir en esta sede.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO. Que la pena privativa de libertad impuesta es el mínimo legal (artículo

393, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 28355). Este artículo, además, previó la pena de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del originario artículo 36 del Código Penal, sin fijar un tiempo determinado,

por lo que es de rigor remitirse al artículo 426 originario del Código Penal, que fija esta pena entre uno y tres años. Empero, se ha impuesto otras incapacitaciones –de los incisos 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal– y, además, un tiempo impropio no equivalente con la pena de privación de libertad.

Estos errores deben ser corregidos en esta sede, sin que importen una alteración de la causa de pedir ni una reforma peyorativa.

B. APLICACIÓN DE LA PENA

28

Bases para imponer la pena

Recurso de nulidad	1360-2017-LIMA
Fecha	23 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Arts. 45 y 46 del CP

RESUMEN:

La imposición de la pena debe encontrarse en proporción a la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos y a las cuestiones de culpabilidad del agente, quedando la fijación concreta a criterio del juzgador, dentro de los límites de la ley.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Obran dos recursos disímiles, puesto que mientras la Fiscalía pretende el incremento de la pena de seis hasta doce años de privación de libertad (solicitado en el requerimiento acusatorio de los folios doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta), el encausado pretende la reducción, aunque sin especificar la dimensión (no hay pretensión particular).

2.2. La imposición de la pena privativa de libertad está sujeta a los aspectos fijados en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código

Penal (textos originales, cfr. numerales 1.3. y 1.4.), en tanto a la fecha de comisión de los hechos (dos mil diez) no se encontraba vigente el sistema de tercios previsto en el artículo cuarenta y cinco-A de la misma norma sustantiva, incorporado por Ley número treinta y mil setenta y seis[14], cuya fórmula resulta hoy más exacta al momento de fijar la sanción.

En el caso en concreto, el Colegiado Superior, de forma genérica y sin distinción, consideró la primariedad del agente, la edad, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, su grado cultural y social y la confesión por conformación, para imponer una sanción de seis años de privación de libertad.

2.3. Es importante señalar que las condiciones personales del agente (que involucran sus carencias sociales, cultura y sus costumbres), así como la primariedad, son criterios de valoración que corresponden valorarse al momento de la dosificación de la pena básica (siempre dentro del baremo punitivo del tipo). De otro lado, la responsabilidad restringida por razones de edad, al establecerse, conforme con el artículo veintidós del Código Penal (ver numeral 1.2. del SN), que la disminución de la privación de libertad es una facultad del juez, siempre se analizará conjuntamente con los aspectos antes señalados2, en tanto no impone al juzgador que la aplique. Una vez establecida la pena básica, por último corresponderá aplicarse la reducción por la conformación (de acuerdo con lo previsto en el fundamento veintitrés del acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho, cfr. numeral 1.8. del SN).

2.4. En atención a lo señalado, y a criterio de esta instancia Suprema, los aspectos considerados por el Colegiado Superior únicamente determinan establecer la pena básica en el extremo mínimo de la sanción conminada, esto es doce años de privación de libertad, los que reducidos en un sétimo por la conformación, darán la nueva pena concreta, esto es diez años y tres meses de privación de libertad.

No es posible rebajar o incrementar más allá de este término, puesto que no hay razones legales para ello, por lo que cabe amparar parcialmente el recurso del Ministerio Público y desestimar el propuesto por la defensa del sentenciado.

---

[14] Publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.

29

§29. Principio de accesoriedad y delito continuado

Recurso de nulidad	1322-2018/NACIONAL
Fecha	10 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 49 del CP

RESUMEN:

i) Se acusó por el título de intervención de complicidad primaria a los tres encausados y, como es obvio, en función a la conducta principal del autor, –colaboración activa a su ejecución (sic), apuntó la acusación fiscal–. Este fue el tenor de la acusación escrita, que es la que define, provisionalmente, el objeto procesal, concepto que no puede pasarse por alto. El hecho global –típicamente antijurídico– está referido a los actos continuados de defraudación tributaria perpetrados por el autor en perjuicio del fisco, que importaron ocultamientos de bienes, ingresos y rentas, de un lado, y obtención en general de beneficios o incentivos tributarios mediante simulación, de otro. Los encausados recurridos, según los cargos, realizaron una aportación dolosa relevante al hecho de otro –del autor– a través de actos específicos. El cómplice lo es del delito cometido por el autor, realiza actividades adyacentes necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto (principio de accesoriedad). ii) El delito continuado, precisamente, permite estimar una unidad de comportamiento sancionándolo "...con la pena correspondiente al delito más grave": artículo 49 del Código Penal. Siendo así, no es posible autonomizar el aporte del cómplice en un delito continuado y hacer mención exclusiva un tipo básico

apartando o excluyendo la circunstancia agravante específica (o subtipo agravado). La accesoriedad y la lógica del delito continuado, precisamente, impiden tal exclusión.

FUNDAMENTOS:

1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL ESTADO

PRIMERO. Que el abogado delegado de la Procuraduría Pública de la SUNAT en sus recursos formalizados de fojas veinte mil setecientos setenta y ocho, de quince de febrero de dos mil dieciocho, y de fojas veinte mil ochocientos setenta y ocho, de veintiséis de abril de dos mil dieciocho, instó la anulación de los autos que declararon la extinción de la acción penal por prescripción. Alegó que los tres imputados son cómplices de la comisión del delito de defraudación tributaria, cuya autoría recae en Víctor Alberto Venero Garrido respecto del Impuesto General a la Renta durante los ejercicio de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho –respecto de Aranda y Ramírez y Venero Lazar– y de mil novecientos noventa y seis a dos mil –en lo atinente a Nazar Loayza–; que sus conductas se tipificaron en los artículos 1, 2, literal a), y 4, literal a), de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo número 813, cuya pena máxima es de doce años –la prescripción extraordinaria, en todo caso, opera a los dieciocho años–; que, en el caso de Venero Nazar y Aranda y Ramírez, el plazo de prescripción se computa desde abril de mil novecientos noventa y nueve, mientras que en el supuesto de Nazar Loayza se computa desde marzo de dos mil uno; que, empero, en ambas hipótesis, no se tomó en cuenta que contra una resolución anterior, de quince de junio de dos mil diecisiete, que desestimó similar excepción de prescripción se interpuso recurso de queja excepcional que se elevó a la Corte Suprema, por lo que durante el lapso del trámite de la queja se suspendió el plazo de prescripción, conforme al Acuerdo Plenario número 6-2007/CJ-116; que, siendo así, el plazo de prescripción no operó, por lo que la excepción debió desestimarse.

2. DE LOS CARGOS OBJETO DE ACUSACIÓN FISCAL Y DEL CURSO INCIDENTAL

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas veinte mil trescientos treinta y nueve, de once de febrero de dos mil once, los tres encausados recurridos colaboraron activamente con el autor Venero Garrido ocultando la totalidad de

los ingresos que percibió por los periodos fiscales comprendidos entre los años mil novecientos noventa y seis a dos mil, para lo cual se valieron de conductas fraudulentas para disminuir dolosamente el tributo a pagar por concepto de Impuesto a la Renta y de Tercera Categoría. El monto que el autor Venero Garrido defraudó al fiscal alcanzó la suma de noventa y seis millones trescientos setenta y siete mil novecientos veintiséis soles, el que por conceptos de intereses ascendió a ciento ochenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y ocho soles.

En relación al imputado Aranda y Ramírez, contador público del autor, elaboró la declaración jurada de este último correspondiente al ejercicio fiscal de mil novecientos noventa y seis. También intervino en los ejercicios fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho –proporcionó recibos por honorarios profesionales por servicios no prestados a la empresa "veintiocho de julio Sociedad Anónima". En lo atinente a la encausada Venero Nazar, realizó transferencias de moneda extranjera desde cuentas bancarias del exterior de titularidad del autor Venero Garrido entre los períodos comprendidos de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, simulando dos repatriaciones en moneda extranjera, en los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y ocho, para gozar indebidamente del beneficio tributario establecido en el Decreto Supremo 094-88-EF –eran cuentas de Venero Garrido, no de ella–. En lo concerniente a la encausada Nazar Loayza, era titular y beneficiaria de cuentas personales y mancomunadas nacionales y extranjeras –conocía de la cuantía de su patrimonio y de la obligación de declararlo ante la SUNAT–; y, no lo hizo –durante el período de mil novecientos noventa y seis a dos mil–, incluso efectuó transacciones económicas e inversiones generadoras de mayores rentas.

La Fiscalía Superior calificó los hechos en los artículos 1, 2, inciso a), y 4, inciso a), de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo número 813.

Posteriormente, puntualizó que se trató de un solo delito continuado [fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro].

TERCERO. Que, con motivo del planteamiento de excepciones de prescripción, se tiene lo siguiente:

1. La Fiscalía Superior emitió un primer dictamen, corriente a fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro, de cinco de mayo de dos mil quince. En este dictamen precisó que el cargo contra Nazar Loayza es de cómplice primario, al ser titular y beneficiaria de cuentas personales y mancomunadas nacionales y extranjeras, que no declaró, durante los períodos acotados por la SUNAT de

mil novecientos noventa y seis a dos mil. En lo demás, repitió lo señalado en la acusación fiscal.

2. El Tribunal Superior, ante la excepción de prescripción deducida a favor de los encausados Aranda y Ramírez y Venero Nazar, emitió la resolución que la estimaba corriente a fojas veinte mil setecientos setenta y uno, leída en la cuarta sesión de la audiencia de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho [fojas veinte mil setecientos noventa y tres].

3. De otro lado, en el curso del juicio oral contra la encausada Nazar Loayza su defensa solicitó, entre otros, que se precisen las imputaciones contra su patrocinada –exclusión de hechos nucleares y pretensión concreta de los cargos contra ella (sic)– [fojas veinte mil ochocientos diez, de veintiséis de febrero de dos mil dieciocho]. Ante tal pedido, aceptado por la Sala Sentenciadora de fojas veinte mil ochocientos cuarenta y dos, de veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, la Fiscalía emitió el dictamen de fojas veinte mil ochocientos cuarenta y nueve, recibido el cuatro de abril de dos mil dieciocho, oralizado el día dieciséis de ese mes y año [décima primera sesión de la audiencia de fojas veinte mil ochocientos setenta y dos] y que mereció el auto superior de fojas veinte mil ochocientos sesenta, de veinticinco de abril de dos mil dieciocho.

3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

CUARTO. Que, ahora bien, es del caso formular las siguientes precisiones:

1. El instituto de la prescripción penal tiene una naturaleza material reconducido al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su potestad punitiva, que supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo. Responde, pues, a principios de orden público y de interés general [STSE 94/2008, de quince de febrero].

2. Pero, para que la prescripción pueda declararse antes de la sentencia –vía excepción procesal que traduce un impedimento procesal– es necesario que aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la culminación del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley para el delito de que se trate [STSE 517/2007, de ocho de junio].

3. El Código Penal, en estos casos, fija un plazo de vida preciso para la prescripción de la acción penal. Estipula el artículo 80, primer párrafo, que tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad: "La acción penal

prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, [...]". Esto significa que debe atenderse a la pena en abstracto fijada por la Ley para el delito en grado de consumación, y dentro de ella a la duración máxima posible.

4. Esta misma precisión debe hacerse, no solo con independencia del grado de ejecución del delito, sino también del título de intervención delictiva (autoría y participación) –igualmente, respecto a la concurrencia de circunstancias genéricas atenuantes o agravantes– [STSE 129/2014, de veintiséis de febrero]. Solo se toma en cuenta el máximo de la pena fijada por la ley para el delito, como reza el citado artículo 80, primer párrafo, del Código Penal.

5. Respecto al dies a quo –inicio del cómputo de la prescripción–, el artículo 82, inciso 3, del Código Penal, estatuye que el plazo de prescripción de la acción penal en el delito continuado comienza, "...desde el día en que terminó la actividad delictuosa". Cabe aclarar que el delito continuado en agravio de una misma persona o entidad –la SUNAT en este caso– se sanciona con la pena correspondiente al delito más grave (artículo 49 del Código Penal); luego, al no haber pena exasperada –la que solo debe tomarse en cuenta en la medida que la previsión jurídica ofrezca suficiente seguridad jurídica [STSE 575/2007, de nueve de junio], que se presentaría (no aplicable en el sub-lite) cuando la continuidad delictiva se produce en los casos de perjuicio a una pluralidad de personas–, no cabe determinar un plazo más lato.

QUINTO. Que, en el presente caso, se acusó por el título de intervención de complicidad primaria (artículo 25 del Código Penal) a los tres encausados y, como es obvio, en función a la conducta principal del autor, en este caso de Víctor Alberto Venero Garrido –colaboración activa a su ejecución (sic), apuntó la acusación fiscal–. Este fue el tenor de la acusación escrita de fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro, que es la que define, provisionalmente, el objeto procesal, concepto que no puede pasarse por alto.

El hecho global –típicamente antijurídico– está referido a los actos continuados de defraudación tributaria perpetrados por el autor en perjuicio del fisco, que importaron ocultamientos de bienes, ingresos y rentas, de un lado, y obtención en general de beneficios o incentivos tributarios mediante simulación, de otro. Los encausados recurridos, según los cargos, realizaron una aportación dolosa relevante al hecho de otro –del autor– a través de actos específicos. El cómplice lo es del delito cometido por el autor, realiza actividades adyacentes necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto (principio de accesoriedad). El delito continuado, precisamente, permite estimar una unidad

de comportamiento sancionándolo "...con la pena correspondiente al delito más grave": artículo 49 del Código Penal.

Siendo así, no es posible autonomizar el aporte del cómplice en un delito continuado y hacer mención exclusiva un tipo básico apartando o excluyendo la circunstancia agravante específica (o subtipo agravado). La accesoriedad y la lógica del delito continuado, precisamente, impiden tal exclusión.

SEXTO. Que llama la atención el cambio en la concepción jurídica del Fiscal Superior, con vulneración del principio de unidad funcional del Ministerio Público –son notorias las diferencias entre la acusación fiscal y el último dictamen fiscal, ya citados–; y, asimismo, que se acepte una incidencia que importa variar la acusación escrita en cuanto al enfoque jurídico penal, cuando ésta ya fue examinada, en tanto presupuesto procesal vinculada al objeto, en la fase intermedia.

No se trata que el juez siga acríticamente la posición procesal del Fiscal, pues muy bien puede y debe pronunciarse en Derecho en la estación procesal correspondiente. Solo se exige que la preclusión procesal se respete acabadamente, y que toda discusión acerca de los hechos y cómo se analizan jurídicamente, una vez iniciado el juicio, tengan un curso normal hasta la sentencia, acorde con el principio de indivisibilidad del objeto procesal.

SÉPTIMO. Que, en tal virtud, como el hecho más grave está sancionado con una pena máxima de doce años de privación de libertad, y es del caso aplicar la regla del artículo 83 del Código Penal (prescripción extraordinaria) –dieciocho años–, desde marzo del año dos mil uno hasta la fecha la acción penal no ha prescrito.

El recurso acusatorio, por estas razones, debe ampararse y así se declara.

No es pertinente la cita al Acuerdo Plenario número 6-2007/CJ-116, en tanto está referido a las quejas excepcionales que finalmente se amparen –en el sub-lite la queja se desestimó–.

30

§30. Concurso aparente de leyes

Recurso de nulidad	743-2018-LIMA
Fecha	26 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 48 del CP

RESUMEN:

El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la adecuación de la conducta en el tipo penal concurren en apariencia dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadra en uno de los supuestos concursales de este tipo.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. Sobre el concurso aparente de leyes

3.1. En el presente caso, al inicio del proceso se les atribuyó a los encausados los delitos contra el patrimonio-intruismo y fraude informático agravado (previsto en el artículo doscientos siete-A con la agravante del numeral uno del artículo doscientos siete-C del Código Penal vigente al momento de los hechos) y el delito contra la fe pública-falsedad ideológica (artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal), ambos en perjuicio del Estado, como puede verse del auto de procesamiento del cuatro de octubre de dos mil trece.

3.2. En el auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete, a solicitud del Ministerio Público y en virtud del principio de combinación de leyes, previsto en el artículo seis del Código Penal, se reconduce la conducta de fraude informático al artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis-Ley de Delitos Informáticos, por considerarla más favorable a los imputados.

3.3. Finalmente, la sentencia recurrida aplicó el concurso real de delitos y condenó a Del Carpio Villanueva por el delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, a dos años de pena privativa de libertad; y por el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, a tres años de pena privativa de libertad (en total cinco años de pena privativa de libertad efectiva); mientras que a los procesados Mergoni Ortega y Bautista Llerena se les impuso un año y seis meses de pena privativa de libertad por el delito de falsedad genérica, y dos años y seis meses de pena privativa de libertad por el delito informático (en total cuatro años de pena privativa de libertad suspendida).

CUARTO. Previo a emitir pronunciamiento respecto de la responsabilidad de los recurrentes, corresponde evaluar el correcto juicio de tipicidad efectuado por la instancia de mérito, dado que los recurrentes, como agravio de su recurso impugnatorio, coincidieron en sostener que se debió aplicar el concurso ideal de delitos, por el principio de especialidad de la norma.

4.1. Frente a la pluralidad de delitos imputados a los procesados, es claro que nuestro Código Penal tiene previsto un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver este tipo de conflictos, dadas las importantes consecuencias que tienen para la individualización de la pena; cada una de estas reglas advierte presupuestos para un juicio adecuado de subsunción de hechos.

4.2. En el presente caso, como se reseña, se les atribuye a los imputados los siguientes delitos:

Delito informático, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, que establece lo siguiente:

> El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con

pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días multa".

Delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, que establece lo siguiente:

El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

4.3. Según la hipótesis fiscal (acusación escrita de folios dos mil doscientos setenta y nueve), los procesados habrían incurrido en el delito informático por haber ingresado indebidamente al Sistema de Control de Conductores (SCC) y al Sistema Nacional de Conductores (SNC), utilizando la información privilegiada (usuario y contraseña) que habían recibido para el desempeño de sus funciones en el cargo para el que fueron contratados, información que fue alterada a cambio de un beneficio económico.

4.4. Sobre el delito de falsedad genérica, sostiene que los procesados registraron información falsa en el Sistema Nacional de Conductores, pues modificaron los requisitos exigidos (examen de manejo y/o de médico) para la obtención y recategorización de las licencias de conducir.

4.5. Es claro que el supuesto de hecho es uno solo donde advierte la existencia de un concurso aparente de normas penales. El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren, en apariencia, dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente.

4.6. En efecto, la redacción del tipo penal de atentado contra la integridad de datos informáticos contempla varios verbos rectores como

introducir, borrar, deteriorar, alterar y/o suprimir datos informáticos falsos. Expuesto así, se desprende que el hecho no se configura por la sola utilización del usuario y contraseña, sino que se debe alterar, introducir, y/o modificar los datos informáticos, supuesto fáctico que también se les atribuye a los encausados como parte de los elementos objetivos del delito de falsedad genérica (simular, suponer y alterar la verdad); por lo que, en aplicación del principio de especialidad, no cabe atribuir a los encausados dos conductas distintas respecto al mismo hecho que típicamente calza, por especialidad, en el delito informático.

4.7. En consecuencia, en aplicación del principio de concurso aparente de leyes el hecho imputado se subsume, por resultar más específico, en la conducta descrita en el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos y no en el de falsedad genérica, en tanto que el primer delito abarca la totalidad del hecho criminal, por tratarse de una norma especial.

QUINTO. Respecto de la responsabilidad penal. Determinada la subsunción correcta de los hechos atribuidos a los recurrentes como atentado contra la integridad de datos informáticos, corresponde determinar si existen los elementos necesarios y suficientes para ratificar el juicio de condena al que arribó la Sala Superior.

5.1. En ese sentido, respecto de la responsabilidad de Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, está probado y no es objeto de cuestionamiento que este laboró en el área de Migraciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre enero y julio de dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave para el desempeño de sus funciones, los mismos que revelan indicios de oportunidad para delinquir. A esto se aúna que se cuenta con los Informes número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, y número cero cero treinta y ocho-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del ocho de septiembre de dos mil diez, el mismo que concluye que los administrados Ernesto Javier Huaira, Isaías Jeremías Sedano Ychipas, Titov Oyague Malpartida, Antonio Lanasca Huayra, Eleuterio León Rodríguez Valero, Walter Augusto Martínez Quinto y Manuel Gherman Oyague Malpartida lograron obtener o recategorizar una licencia de conducir sin haber cumplido con los requisitos previsto por ley, esto es, sin haber aprobado el

examen médico, curso y/o examen de manejo, para ello se valieron de "tramitadores" a cambio de un beneficio económico. Los trámites de estas licencias tienen como usuario de creación al recurrente Néstor Ricardo del Carpio Villanueva.

Asimismo, se cuenta con la versión de Edith Juana Carranza Quijano ante el plenario (sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete), quien se ratificó del referido informe del ocho de septiembre de dos mil diez; además, volvió a precisar sobre las irregularidades ocurridas en la oficina de Migración, específicamente en el cambio de categoría e incluso se logró precisar el usuario de creación, la hora y la fecha. Igualmente, se advierten indicios de capacidad para delinquir, pues se dejó asentado que en el Expediente número diecinueve mil ciento ochenta y siete-dos mil trece, mediante sentencia del veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, se expidió en contra del mismo Del Carpio Villanueva condena por los mismos delitos y hechos similares, lo que revela la capacidad y proclividad del encausado a cometer estos actos ilícitos.

Finalmente, se advierten indicios de mala justificación dado que el recurrente, como parte de su tesis defensiva, afirmó que su usuario y clave asignados eran compartidos por otros trabajadores, orden que había sido impartida por Rómulo Rangel Navarro, jefe del área de Informática; sin embargo, este testigo en la sesión de audiencia del veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, negó que haya impartido dicho orden, y por el contrario afirmó que el perfil de usuario y la contraseña entregados a los trabajadores eran personales e intransferibles. En ese mismo sentido, la testigo Rut Elizabeth Vásquez Correa, ante el plenario, en la sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete, ratificó que las claves eran personales y remarcó que los migradores podían ingresar, modificar y anular cualquier tipo de datos.

5.2. En ese mismo sentido, sobre la responsabilidad de Elizabeth Maiten Bautista Llerena, está probado que la encausada laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la sede Orrego, durante el año dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave. La encausada realizaba labores de revalidación, recategorización, duplicados, entre otros trámites, como sostuvo durante el plenario.

A esto se aúna que se cuenta con el Informe número mil trescientos diez dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de recategorización del administrado Alejandro Doroteo Palacios Quiñones, quien pretendía obtener un duplicado de su licencia de conducir pero bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre de la recurrente Bautista Llerena. Abona al juicio de condena las testimoniales de Edith Juana Carranza Quijano, Ruth Eilizabeth Vásquez Correa y Rómulo Rangel Navarro, quienes ante el plenario fueron enfáticos en afirmar que tanto los usuarios como las contraseñas eran de carácter personal e intransferible.

5.3. Respecto de la responsabilidad de Gino Ytalo Mergoni Ortega, está probado que laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, específicamente realizó labores de migración al sistema nuevo, durante el año dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave para sus labores. Asimismo, se cuenta con el Informe número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince. cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de duplicado de la licencia de conducir del administrado Luis Ginez Garate Sánchez, pues se advirtió que este pretendía un duplicado de su licencia bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre de usuario de Wilmer Taboada Canchis.

Se adiciona que Taboada Canchis ante el plenario reiteró que el encausado Mergoni Ortega fue quien ese día (treinta de abril de dos mil diez) utilizó su usuario y contraseña, versión que a nivel preliminar el propio Mergoni Ortega reconoció. Sin embargo, como tesis exculpatoria afirmó que en la hora de creación de esta falsa categoría (doce horas cuarenta y cinco minutos) no se encontraba en su puesto de trabajo, pues salió a comprar un regalo para una actividad extralaboral; no obstante, no acompañó medio de prueba alguno que refuerce su versión exculpatoria, por el contrario, su solo

dicho resulta insuficiente para revertir la carga incriminatoria en su contra.

5.4. De las pruebas glosadas se desprende que está acreditado que las licencias de conducir cuestionadas fueron creadas de manera irregular y sin los documentos sustentatorios, en esta actividad ilegal participaron los encausados recurrentes, quienes se aprovecharon de su condición de empleados del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y utilizaron la información confidencial proporcionada para el desempeño de sus funciones (usuario y contraseña) para ingresar al sistema informático con la finalidad de modificar ingresando datos falsos para lograr que los administrados obtengan un duplicado de licencia pero bajo una categoría que no les correspondía. Por ello, más allá de los cuestionamientos planteados por la defensa de los recurrentes sobre la valoración de algún elemento de prueba (informes técnicos, pantallazos, testimoniales), estos no resultan suficientes para revertir la carga incriminatoria que pesa sobre los encausados recurrentes, convicción judicial a la que se arriba luego de la valoración conjunta del caudal probatorio.

5.5. Sobre la indebida aplicación de la Ley número treinta mil noventa y seis, se debe precisar que esta norma no descriminalizó el comportamiento típico previsto en la ley anterior (artículo doscientos siete-A concordado con el artículo doscientos siete-C del Código Penal); por el contrario, aclaró aspectos sustantivos relacionados con los elementos objetivos del tipo penal derogado, acorde con los avances de la tecnología por tratarse de delitos informáticos. En consecuencia, a efectos de determinar la ley aplicable al caso concreto, se debe verificar la que resulte más favorable a los intereses de los imputados. En ese sentido, resulta de aplicación la Ley número treinta mil noventa y seis, en tanto que el marco punitivo previsto en su artículo tercero resulta menor a la anterior norma, como bien se dejó asentado en un extremo del auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete (véase a folios dos mil seiscientos noventa y siete, fundamento dos punto dos), cuyo extremo no fue impugnado por la defensa de los encausados, con lo que se descarta cualquier afectación al principio de legalidad como sostiene la defensa de los recurrentes.

SEXTO. Respecto a la pena. Acreditado que el hecho incriminado y calificado típicamente como falsedad genérica y delito informático constituye un solo ilícito como atentado contra la integridad de datos informáticos, en aplicación del concurso aparente de leyes, corresponde determinar el nuevo quantum punitivo, teniendo como límite la pena impuesta a los recurrentes en la sentencia impugnada. En este caso, para Del Carpio Villanueva la pena no deberá ser superior a los cinco años, mientras que para Bautista Llerena y Mergoni Ortega la pena no puede ser superior a los cuatro años de privación de libertad.

6.1. Cabe precisar que el nuevo marco punitivo deberá situarse entre la pena mínima del delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis (tres años de pena privativa de libertad) y la pena máxima antes precisada. En ese sentido, para determinar la pena se debe considerar lo previsto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, sobre individualización y cuantificación de la gravedad del delito, su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del imputado; asimismo, la forma y las circunstancias de la comisión el delito, todo ello concordado con los principios de proporcionalidad, lesividad, legalidad y culpabilidad.

6.2. Dentro de ese contexto, en el caso específico de los procesados Bautista Llerena y Mergoni Ortega no se cuenta con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de agentes primarios, que cuentan con carga familiar y con grado de instrucción superior, dicha circunstancia permite establecer como pena concreta la mínima fijada para el delito informático, en este caso tres años de pena privativa de libertad, la misma que tendrá el carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

6.3. Respecto a Del Carpio Villanueva tampoco concurre con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de un agente primario, que cuenta con carga familiar y con grado de instrucción superior. No obstante, como se precisó contra este encausado, la misma Sala Superior dictó sentencia condenatoria en otro proceso (Exp. número diecinueve mil ciento ochenta y siete-dos mil diecisiete), por hechos similares,

lo que pone en evidencia su proclividad a cometer estos tipos de delitos informáticos. Asimismo, se logró acreditar su participación en la alteración de más de una licencia de conducir, lo que evidencia un comportamiento delictivo mayor al de sus coprocesados; por lo que la pena concreta a imponer será de cuatro años, con carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal, y se deberá disponer su inmediata libertad.

31

§31. Determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel

Acuerdo Plenario	2-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Barandiarán Dempwolf.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 153°, 186°, 189° y 297° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 12°

RESUMEN:

Las circunstancias agravantes específicas son aquéllas que son integradas en determinados delitos de la parte Especial del Código Penal. Se caracterizan por presentar escalas punitivas conminadas que difieren tanto en extensión como en gravedad y que son atribuidas por la misma Ley. En los casos en los que se cuente con la presencia de ***múltiples circunstancias agravantes específicas****, la determinación de la pena concreta deberá fijarse por medio de un* ***examen coherente y eficaz de todas las circunstancias concurrentes****. No obstante, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes deberá ser limitada siempre por la imposibilidad de realizar una doble valoración respecto a un mismo indicador o factor de agravación. Lo dicho implica la necesidad de que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes existentes en el caso concreto para así comprobar que cada una se encuentre referida siempre a un factor o indicador diferente.*

En las situaciones en las que concurran ***circunstancias agravantes específicas de diferentes grados o niveles*** *y que –por lo mismo- están vinculadas a distintas escalas de pena conminada,* ***la circunstancia que cuente con un mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior****. Será considerada como pena básica y es en virtud a ella que el órgano jurisdiccional deberá determinar la pena concreta a imponer.*

FUNDAMENTOS:

"Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel:

7º. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante persecución social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152º, 186º, 189º y 297º del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr, Artículo 189º del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tiene como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de SEGUNDO grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

La Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas:

8º. Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa

habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de SEGUNDO grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado).

9º. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente [Cfr. Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9º].

10º. Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir que examine que cada circunstancias concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente.

11º. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189º, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo inciso 4) que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Sólo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

La Determinación de la Pena en caso de Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de Diferente Grado o Nivel:

12°. El problema a dilucidad esta en relación con la Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (Art. 189°, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años, apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189°, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189°, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua." (Sic).

32

§32. Determinación de la pena y concurso real de delitos

Acuerdo Plenario	4-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo,Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 92° de la LOMP; 21°, 22°, 34ª, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 48°, 50°, 50°-A, 51° y 440°-4 del CP.; 136°, 225°, 273°, 285°-A y 300°.1 del ACPP.; 161°, 349°.1, 350°.1, 374ª.1, 387°.1, 387°.2, 397°.3 y 409°.3 del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 18°

RESUMEN:

Para la determinación de la pena concreta en caso del concurso real de delitos debe aplicarse el ***principio de acumulación****. En virtud de dicho principio es que el órgano jurisdiccional deberá seguir los siguientes pasos:* ***1.*** *Identificar una pena básica, para lo que se deberá definir la posibilidad de sanción establecida legalmente para el delito; y una pena concreta para cada uno de los delitos integrantes del concurso real (pena parcial concreta); y,* ***2.*** *Sumar las penas concretas parciales para obtener la pena concreta total del concurso real. No obstante, la pena concreta total deberá someterse a un examen de validación: que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal y que no exceda del equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida en el punto 1 para el delito más grave; así como que ninguno de los delitos*

integrantes del concurso real haya recibido cadena perpetua como pena parcial, ya que en ese supuesto será aquélla la pena concreta y deberá suprimirse las demás penas concretas parciales.

Nuestra legislación, además, regula el ***concurso real retrospectivo o posterior*** *como una modalidad especial del concurso real de delitos. Se concurre a él cuando los delitos que componen un concurso* ***no fueron juzgados simultáneamente en un único proceso penal****, sino a medida que fueron descubriéndose. En el caso del concurso real retrospectivo la doctrina exige como criterio rector que el autor no debe ser castigado como una pena concreta final y total más severa que aquélla que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente en un solo proceso. En todo los demás aspectos referidos a la determinación de la pena, se procederá según el punto 1 y el punto 2 ya explicados.*

FUNDAMENTOS:

"El concurso real de delitos:

6°. El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación". El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El SEGUNDO paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial -. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de

reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

El concurso real de faltas:

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente "...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...".

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: "... será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.". Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una "pena privativa de libertad prevista", la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro TERCERO del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y

que era el siguiente: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o participe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agentes y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34º CP (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440º.4 CP (ciento ochenta días-multa), respectivamente.

Acusación fiscal y congruencia:

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es,

precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Manual de Derecho Penal Parte General, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, Obra citada, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena

más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El petitum o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de

la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-. En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librada al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito. No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: Obra citada, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal Ad Quem.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha

valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compartible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso." (Sic).

33

§33. Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena

Acuerdo Plenario	1-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio del 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46°-A, 46°-B y 46°-C del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° y 13°, literales a, b, c, d, e, f y g.

RESUMEN:

*La **reincidencia** se caracteriza por operar hasta los **cinco años** posteriores al cumplimiento parcial o total de la primera condena, y por tratarse –en caso del delito nuevo- de un hecho delictivo que puede ser **de igual o distinta naturaleza que el que determinó la primera pena privativa de libertad.***

*En cuanto a la **habitualidad,** ella se produce solamente en el caso en que **tres delitos** se hayan cometido en un lapso de cinco años y **no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo**. Además, la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean **dolosos y de igual naturaleza**.*

En ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Si los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua, sólo se procederá aplicando dicha pena.

FUNDAMENTOS:

"**12°.** La ***reincidencia*** es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor *peligrosidad del sujeto*. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de los hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

*Los **requisitos** para la calificación de reincidencia*, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46°- B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.

2) Los delitos- se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.

3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.

4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad- condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46°-C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpretarse "... *en un lapso que no exceda de cinco años*".

5) Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos: El *primero,* el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva – que establece la fecha exacta de excarcelación- ; en defecto de uno o ambos documentos regístrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimiento Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la **MEDIDA DE LA PENA** al reincidente es de indicar lo siguiente:

A. La especialidad de agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial – vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho – no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Individualización judicial de la pena.* Madrid: Colex, 1997, p.197). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho Penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.

B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad concreta – primera operación adicional-.Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tenencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un

concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, Manuel. *La Justicia Penal contemporánea.* Editorial Librería Portocarrero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46º- B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional – efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena. En este nivel se ha de tener cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado con la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena (así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, pp. 125 ss).

13º. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

a. Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes. Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de ***circunstancias cualificadas***, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho Penal nacional.

b. Sobre la ***eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación de la pena concreta.*** La condición cualificada de

una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46º- B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original).

c. Sobre la ***operatividad de la agravante*** cualificada del artículo 46º- C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50º y 51º del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).

d. Sobre los ***elementos de configuración*** de las agravantes cualificadas de los artículos 46º- B y 46º- C. Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111º del Código Penal del mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46º- C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

   En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

e. Sobre la ***determinación de la pena*** concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46º - A, con las previstas por los artículos 46º- B o 46º- C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46º - A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46º A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).

f. ***Límites de la penalidad*** derivada de las agravantes de los artículos 46º- B y 46 - C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29º, 46º- A , 50º y 51º del Código Penal, *en ningún caso* la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad *será de mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.* Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

g. ***Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia*** según los artículos 46º- B Y 69º in fine. La reforma del artículo 69º del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46º B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo in fine del nuevo texto del artículo 69º, donde se dispone que: *"La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena"*, derogó el párrafo final del artículo 48º- B del Código Penal que establecía que: *"A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados"*. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69º del Código Penal. En todo caso, cuando se haya el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal d), operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena."

34

§34. Determinación de la pena máxima en leyes que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada

Recurso de Nulidad	2860-2006-ANCASH
Fecha	25 de junio del 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. VIII del T.P., 170° y 173°.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3° y 4°

RESUMEN:

Cuando se establece el mínimo de la pena legal de un delito y se omite, a su vez, toda referencia expresa a su límite máximo, esto ***no puede llevarnos a pensar que necesariamente el extremo superior no exista y que por consiguiente se deba acudir al límite abstracto máximo.***

La solución es que éste debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad y la coherencia interna que debe existir entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas.

PRECEDENTE VINCULANTE:

TERCERO: Que, ahora bien, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal prevé la penalidad que corresponde aplicar al autor de un delito de violación de menores y establece distintas escalas penales que toman en cuenta para su mayor o menos gravedad la edad concreta del sujeto pasivo al momento de comisión del delito; que en su texto original el artículo ciento

setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etareo que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, sólo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa –por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas- no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y –como se ha expuesto precedentemente- por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, éste debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente; que, por consiguiente, para el inciso tercero el máximo de pena aplicable era el mínimo señalado en el inciso segundo, y para el inciso segundo el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecido en el inciso primero; que en relación a este último inciso el máximo legal de la pena conminada sería el genérico que establecía el hoy suprimido artículo veintinueve del Código Penal, también en su texto original, para la pena privativa de libertad y que era de veinticinco años.

CUARTO: Que en la redacción actual del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que fuera introducida por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, así como en las modificaciones establecidas por las leyes números veintiséis mil doscientos noventa y tres, veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, veintisiete mil quinientos siente y veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, sí se consignó para cada inciso un límite mínimo y máximo de pena conminada; que con relación a la agravante especial que describe el párrafo final del texto vigente del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, la pena aplicable a los casos de los incisos dos y tres es cadena perpetua; que, no obstante ello, en la redacción precedente que introdujo la ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio de dos mil cuatro, para dicho supuesto agravado la pena privativa de libertad señalaba solamente un mínimo de treinta años, por lo que para los supuestos contenidos en los incisos antes mencionados el máximo de pena privativa de libertad aplicable era de treinta y cinco años, pues el inciso uno consignaba como pena exclusiva la de cadena perpetua.

35

§35. Habitualidad y concurso real de delitos

Recurso de Nulidad	2479-2016-ANCASH
Fecha	04 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 50° y 46° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	18° y 19°

RESUMEN:

Para efectos de la imposición de la pena concreta total, cuando se trate de un concurso real de delito, debe adicionarse todas las penas concretas parciales correspondientes a cada delito cometido, tal y como lo dispone el artículo 50 del Código Penal.

La comisión sucesiva de tres delitos configura la agravante cualificada de habitualidad, cuyos efectos punitivos regulados en el artículo 46-C no son incompatibles con los que genera el concurso real de delitos.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el encausado RODRÍGUEZ DIESTRA, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos cincuenta y cinco (tomo IV), alega que:

a) No existen elementos de prueba que lo vinculen con el delito imputado, pues no fue reconocido por la agraviada o testigos en rueda de personas.

b) Está acreditado que sus coencausados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Méndez Acuña, Peralta Cueva y Simón Vargas, negaron de manera persistente conocerlo.

c) La acusada Castillo Horna (quien fue su pareja sentimental y con quien llegó a la ciudad de Huaraz) fue absuelta, a pesar de la sindicación formulada por la agraviada Rojas Caqui, quien le atribuyó supuesto reglaje en el Banco de Crédito.

d) En el registro personal no se le encontró suma de dinero alguna, menos aún en moneda norteamericana que supuestamente le sustrajeron a la agraviada. e) Respecto al delito de uso de documento falso, el Colegiado no ponderó que la licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete es auténtica, conforme con la constancia emitida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad.

En consecuencia, solicita que se le absuelva de los cargos imputados.

SEGUNDO. Que la defensa técnica del imputado PÉREZ GÁLVEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y uno (tomo IV), sostiene que en el juicio oral no se ha demostrado que su defendido haya participado en los tres hechos materia de condena (del trece, dieciséis y diecinueve de noviembre de dos mil diez), ya que si bien el agraviado Luis Enrique Carpio Ricaldi lo sindica a nivel preliminar; no obstante, no hubo ratificación en la fase de instrucción ni en el plenario. Además, tampoco se ha demostrado el uso de arma de fuego ni la preexistencia del dinero sustraído, requisito indispensable para determinar la culpabilidad en los delitos contra el patrimonio. Por lo tanto, solicita la anulación de la sentencia y se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

TERCERO. Que el procesado CHIRINOS MARTÍNEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y cuatro (tomo IV), alega que la sentencia infringió el debido proceso, la presunción de inocencia y la motivación de las resoluciones judiciales, porque se sustenta en la sindicación de la agraviada Rojas Caqui, la cual genera duda porque se prestó a nivel policial y no ha acreditado la preexistencia de los bienes sustraídos.

Afirma que el Colegiado aplicó erróneamente el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco, al no existir elementos periféricos que corroboren la sindicación de la presunta víctima. En consecuencia, solicita que se revoque la condena impuesta y se le absuelva de los cargos imputados.

CUARTO. Que el señor FISCAL DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DEL DISTRITO FISCAL DE ÁNCASH, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos setenta y cuatro (tomo IV), sostiene que el Tribunal de Instancia al absolver a los procesados de los robos perpetrados contra los agraviados Consorcio JC, empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada y Mildret Rojas Caqui, no tomó en cuenta la prueba indiciaria obtenida a través del operativo policial realizado por la DIVINCRI, donde se da cuenta de la intervención de todos los encausados y de la frustración de la tentativa de robo con agravantes en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu.

Dicho operativo se realizó a consecuencia de las denuncias que los agraviados realizaron, quienes señalaron que los robos fueron perpetrados por varios sujetos luego de haber retirado dinero del Banco de Crédito, con el uso de armas de fuego, motocicletas y un vehículo de color azul.

QUINTO. Que en la acusación fiscal de fojas dos mil ciento ochenta y cinco (tomo II), se consignan los siguientes hechos:

1)En horas de la mañana del trece de noviembre de dos mil diez, Jhonny Santiago Colonia estacionó su vehículo en el frontis del colegio Santa Rosa, ubicado en la avenida Ramón Castilla, en Huaraz, con la finalidad de entregar la suma de treinta mil soles a su socio Luis Carpio Ricaldi, dinero que había retirado minutos antes del Banco de Crédito. Cuando ambos contaban el dinero, se presentaron cuatro sujetos provistos con armas de fuego, los encañonaron y despojaron de la suma indicada, dándose a la fuga con rumbo desconocido en dos motos lineales (una de color rojo y otra azul) que los esperaban a un costado del lugar con sus respectivos choferes. Por su parte, Luis Enrique Carpio Ricaldi reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez como la persona que lo encañonó con un arma de fuego en la cabeza, a la altura de la sien, en tanto otro sujeto (no presente en el acta de reconocimiento, de fojas sesenta y uno, tomo I) encañonó a Santiago Colonia a la altura de la cabeza. El encausado Pérez Gálvez fue reconocido, además, por Juan Luis Villanueva Huamán y Melvin Bernett Romero Príncipe (según actas de fojas sesenta y siete, y sesenta y nueve, tomo I, respectivamente), quienes estaban en el interior del vehículo de los agraviados, por ser trabajadores de Consorcio JC. Carpio Ricaldi reconoció (fojas setenta y cuatro, tomo I) la motocicleta lineal marca Sumoto, color azul con negro, que sirvió para que los autores del robo se dieran a la fuga.

2) Aproximadamente a las doce horas con treinta minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, Lenina Maritza Meza Villarreal y José Enrique Parias Aguilar, se dirigieron al Banco de Crédito situado en la avenida Luzuriaga, en

Huaraz, a fin de retirar dinero para el pago de proveedores y planilla de la empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada.Luego de haber retirado ciento cuatro mil ochocientos soles se dirigieron a sus oficinas ubicadas en el jirón Bautista número ochocientos sesenta y nueve (Huaraz) y cuando Lenina Meza Villarreal abría la puerta, mientras que José Enrique Parias Aguilar esperaba en la vereda, observó a un sujeto que subía de oeste a este y a otra persona que venía de frente, procediendo esta última a apuntarle con una pistola y le ordenó voltearse bajo amenaza de muerte .

A continuación, con palabras groseras le quitó la maleta donde tenía el dinero y su celular; luego, a empujones le hizo subir las gradas y lo puso de espaldas en la puerta. Por su parte, la otra persona le arrebató la cartera a Lenina Meza Villarreal y le apuntó con el arma de fuego a la altura de la frente, para luego darse a la fuga con dirección a la avenida Gamarra abordo de un automóvil de color azul con placa amarilla, que empezaba con la letra "C" (así lo a firma Meza Villarreal). Posteriormente, el uno de diciembre de dos mil diez, el agraviado Parias Aguilar reconoció plenamente a Néstor Joel Pérez Gálvez como el sujeto que el día de los hechos intervino en el robo, pues fue quien recibió la maleta con dinero arrebatado por un sujeto que tenía un arma de fuego (acta de reconocimiento de fojas sesenta y tres, tomo I).

Que si bien la agraviada Meza Villarreal no pudo reconocer a ninguno de los autores (fojas sesenta y cuatro, tomo I); no obstante, en su declaración (fojas veinticuatro, tomo I) sí reconoció el vehículo de color azul, marca Toyota de placa de rodaje número COB-ochocientos cuarenta y nueve, como el utilizado por los asaltantes

3) Cerca de las doce del mediodía, del veintinueve de noviembre de dos mil diez, Mildret Rojas Caqui se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, con el objetivo de retirar ocho mil dólares americanos. Una vez que realizó dicha transacción guardó el dinero en su cartera de color verde, donde también llevaba mil soles, dos celulares, tarjetas de crédito y otros documentos.

Al salir del banco se encontró con su padre, Alfredo Rojas Alvino, y con él se dirigió a comprar repuestos y filtros en una tienda ubicada frente al estadio Rosas Pampa. Mientras cotizaban precios ingresaron al establecimiento dos personas de sexo masculino, quienes los amenazaron con armas de fuego si no entregaban el dinero.

La agraviada opuso resistencia y los asaltantes la golpearon con un arma de fuego a la altura de la frente, arrebatándole su cartera, donde tenía el dinero en efectivo y demás pertenencias. La agraviada llegó a percatarse de que un sujeto

los esperaba en una moto de color rojo, en la que huyeron con dirección norte; en tanto que el dueño de la tienda, Zambrano Macedo, pudo ver una moto de color azul.

Posteriormente, la agraviada reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez, Manuel Jesús Chirinos Martínez, Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Yessenia Yamileth Castillo Horna, a quien vio en el interior del Banco de Crédito, cuando ingresó y salió. Sindica además al encausado Chirinos Martínez como la persona que ingresó a la tienda con un arma de fuego (acta de fojas setenta y uno, tomo I). Reconocimiento que también efectuaron los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos.

4) A las diez de la mañana del uno de diciembre de dos mil diez, Fermín Pedro Sánchez Espíritu se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, de donde retiró veinte mil soles. Luego, junto con su esposa, se dirigió a la Notaría Valerio, ubicada en la avenida Luzuriaga de esta ciudad, sin darse cuenta que era observado y seguido por Manuel Ángel Méndez Acuña.

En su manifestación policial (fojas quince, tomo I) sostuvo que en el banco había una persona canosa y con gorro de color negro, que los miraba cuando retiraba el dinero y estaba acompañado de una persona gordita, a los que vio después en el interior de la Notaría Valerio junto con otras personas.

Posteriormente identificó a ambos implicados como Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Manuel Jesús Chirinos Martínez, respectivamente, conforme con el acta de reconocimiento (fojas sesenta y cinco, tomo I). Asegura que al PRIMERO lo vio en la notaría con una señorita que vestía en ese momento pantalón azul, zapatillas y chompa de color beis, que tenía bordado en el pecho una flor (se trataba de la acusada Yessenia Yamileth Castillo Horna).

5) En atención a las denuncias recibidas, miembros de la DIVINCRI realizaron un operativo en las oficinas del Banco de Crédito. El uno de diciembre de dos mil diez, en horas de la mañana, se percataron de la presencia de un sujeto robusto, de cabello blanco (canoso) y tez trigueña, que en actitud sospechosa miraba constantemente todas las ventanillas. Fue identificado como Manuel Segundo Rodríguez Diestra, quien se percató del retiro de dinero que realizó el agraviado Sánchez Espíritu.

Al retirarse este, también Rodríguez Diestra se levantó repentinamente, de igual manera lo hizo la persona que lo acompañaba (de contextura delgada, tez blanca y estatura baja), identificado como Manuel Ángel Méndez Acuña; ambos comenzaron a utilizar sus teléfonos celulares. El primero se dirigió al lado izquierdo del banco, perdiéndolo de vista el personal policial; mientras que

Méndez Acuña persiguió apresuradamente al agraviado Sánchez Espíritu, quien se dirigía con su esposa a la Notaría Valerio. En esos momentos aparecieron los acusados Manuel Jesús Chirinos Martínez, Néstor Joel Pérez Gálvez y Roxana Maribel Simón Vargas, quienes luego de intercambiar palabras con el imputado Méndez Acuña ingresaron a la notaría, mientras que este último se dirigió a la plaza de armas de Huaraz, seguido por un personal policial. Posteriormente, el encausado Rodríguez Diestra apareció por inmediaciones del local de Telefónica de Perú abrazado con la acusada Castillo Horna y ambos ingresaron presurosos a la notaría donde intercambiaron palabras con los demás imputados que estaban en el interior; circunstancias en que fueron capturados por personal policial de la DIVINCRI-Huaraz.

En dicha intervención se incautaron dos motocicletas, sin placas, de color azul, y un automóvil Toyota Corolla, color guinda, de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, con pertenencias en su interior.

6) Al ser intervenido el procesado Rodríguez Diestra, en el registro personal se le encontró entre sus pertenencias una licencia de conducir utilizada para manejar el vehículo de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, documento presuntamente falsificado, si se tiene en consideración que las dos motocicletas carecían de placas de identidad. No se descarta la participación de todos los acusados en la falsificación de la citada licencia de conducir, pues tienen como lugar de origen la ciudad de Trujillo, del departamento de La Libertad, y con dicho documento se trasladaron en el citado vehículo a esta ciudad.

SEXTO. Que corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse con relación a las impugnaciones de los condenados Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez; así como respecto al medio impugnativo del representante del Ministerio Público. En atención a que en este último se cuestiona la absolución de casi todos los encausados, respecto a los cuatro eventos delictivos atribuidos, corresponde resolver, en primer lugar, tal extremo de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO. Que del análisis de autos y los términos del citado medio impugnativo, se aprecia que los jueces de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, no realizaron la debida apreciación de los cuatro hechos atribuidos a los procesados absueltos, ni compulsaron de forma apropiada todos los elementos de prueba que obran en autos; además que tampoco realizaron diligencias importantes para establecer su inocencia o responsabilidad.

OCTAVO. Que, en efecto, el Tribunal de Instancia, para justificar la sentencia impugnada (ver fundamento jurídico cinco seis), esgrime motivación insuficiente para ratificarla. Si bien admite como probada la responsabilidad penal del sentenciado Pérez Gálvez en los tres eventos criminales (mientras que los sentenciados Chirinos Martínez y Rodríguez Diestra solo serían culpables del evento ocurrido el veintinueve de noviembre de dos mil diez) no obstante, considera que existiría duda respecto a la participación de los imputados Romero Pérez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, sin justificar de manera individual cómo se plasmaría dicha duda en cada uno de ellos; sobretodo si se tiene en cuenta que tal decisión comprendió a la acusada Castillo Horna, contra quien existe sindicación directa de la agraviada Mildret Rojas Caqui y de los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos (ver acta de reconocimiento físico de persona de fojas setenta y uno, tomo I, en presencia del Fiscal Provincial).

NOVENO. Que con relación a los robos perpetrados contra el Consorcio JC y la empresa MV CONTRATISTAS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, no se ponderó que los acusados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, tendrían vinculación con los sucesos criminales, porque fueron intervenidos por la autoridad policial el uno de diciembre de dos mil diez, como se advierte en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve (tomo I); así como en el acta de reconocimiento de vehículo menor (fojas setenta y cuatro, tomo I), realizado por Luis Enrique Carpio Ricaldi, Melvin Bernett Romero Prince y Juan Luis Villanueva Huamán; y el acta de hallazgo (fojas noventa y ocho, tomo I) del vehículo de placa de rodaje COB-ochocientos cuarenta y nueve, en cuyo interior se encontró la cartera de la agraviada Lenina Martiza Meza Villarreal.

DECIMO. Que respecto a la imputación por tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu, también se incurre en error (ver fundamento jurídico cinco.siete). En efecto, según los términos de la acusación fiscal el ilícito no se llegó a consumar porque la autoridad policial montó un operativo realizado por la DIVINCRI el uno de diciembre de dos mil diez, y que está descrito en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve, de fojas tres (tomo I); el mismo que permitió esclarecer los anteriores robos. Por tanto, la conducta desplegada por los imputados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Pérez Gálvez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, si configuraría un caso de tentativa inacabada.

DECIMOPRIMERO. Que en tal sentido, al no haberse esgrimido una adecuada motivación que justifique las absoluciones cuestionadas, se incurrió en causal de nulidad prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales; por lo que es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se recabarán:

a) Las declaraciones de los agraviados Fermín Pedro Sánchez, Jhonny Santiago Colonia, Luis Carpio Ricaldi, Lenina Maritza Meza Villarreal, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui, a fin de que se ratifiquen en sus declaraciones policiales e identifiquen la participación o no, de cada uno de los imputados.

b) Los testimonios de Alfredo Rojas Albino, Jaime Ricardo Zambrano Macedo, Juan Luis Villanueva Huamán, Melvin Bernett Romero Prince, Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos, para que se ratifiquen en sus declaraciones prestadas en el transcurso del proceso.

DECIMOSEGUNDO. Que, de conformidad con lo establecido en el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código Adjetivo, es de rigor rescindir la sentencia en dicho extremo y disponer que en un nuevo contradictorio, dirigido por otro Colegiado, se realicen las anotadas diligencias y las demás necesarias para el esclarecimiento cabal de los hechos.

DECIMOTERCERO. Que respecto a la impugnación de los acusados Pérez Gálvez y Chirinos Martínez, se advierte que su vinculación con los robos perpetrados está acreditada con la sindicación de los agraviados Luis Enrique Carpio Ricaldi, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui (ver actas de reconocimiento físico de persona de fojas sesenta y uno, sesenta y tres, y setenta y uno, tomo I, respectivamente); que para este Supremo Tribunal constituye elemento de cargo suficiente de culpabilidad al concurrir los presupuestos (incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia) señalados en el fundamento jurídico decimo, del Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

DECIMOCUARTO. Que el agravio común de los recurrentes es que las víctimas no habrían acreditado la preexistencia del dinero sustraído, lo que se desvirtúa plenamente con el informe (fojas mil ochenta y ocho y siguientes, tomo II) detallado de las transacciones que los agraviados realizaron en el Banco de Crédito, de la ciudad de Huaraz; por lo que las pretensiones impugnatorias de los recurrentes resultan infundadas.

DECIMOQUINTO. Finalmente, con relación al recurso de nulidad del acusado Rodríguez Diestra, se tiene que su vinculación con los delitos imputados (robo con agravantes y uso de documento falso) están acreditados suficientemente con la sindicación de la agraviada Mildret Rojas Caqui (acta de reconocimiento de fojas setenta y uno, tomo I) y el dictamen pericial de grafotecnica número cero ochenta y ocho/dos mil diez (fojas setecientos noventa y seis, tomo I), donde se concluye que la muestra incriminada, licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete, a nombre de Manuel Segundo Rodríguez Diestra; es un documento falsificado, mediante el sistema técnico de impresión offset.

DECIMOSEXTO. Que los agravios propuestos por el recurrente deben considerarse argumentos de defensa, en la medida que existe incriminación directa de la víctima, que se recabó con las garantías de Ley. Por su parte, la constancia expedida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad (fojas cuatro mil setecientos sesenta, tomo IV), es un documento informativo sobre quien es el titular de la licencia de conducir, lo cual no desvirtúa el mérito probatorio de la pericia practicada sobre el documento que la contiene, que resulta ser falso. Por tanto, su pretensión impugnatoria también resulta infundada.

DECIMOSEPTIMO. Que en tal sentido, al haberse enervado la presunción de inocencia que los encausados Manuel segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez ostentaban al inicio de la investigación judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, se infiere que dichos extremos de la sentencia impugnada se encuentran conformes a Ley.

DECIMOCTAVO. Sin perjuicio de ello, se advierten deficiencias en la dosificación de las penas impuestas a los encausados Pérez Gálvez y Rodríguez Diestra. Al respecto, cabe señalar que el Colegiado Superior, al analizar dicho aspecto (ver fundamento jurídico cinco -nueve) aplicó incorrectamente el sistema de tercios previsto en el artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal, al dosificar la sanción dentro del tercio intermedio, a pesar de haber señalado la concurrencia de las circunstancias agravantes, la pena conminada por cada delito, el concurso real de delitos y los antecedentes penales que registran ambos procesados (ver certificados judiciales de fojas cuatro mil quinientos veinte y cuatro mil quinientos veinticinco, tomo IV, respectivamente).

Por tanto, no tomó en cuenta que al existir un concurso real de delitos se debieron adicionar las penas concretas parciales impuestas por cada delito

integrante del concurso real, tal y como lo establece el artículo cincuenta, del Código Penal, y el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis.

En efecto, del análisis de los cargos formulados por el delito de robo con agravantes, cuya pena conminada es no menor de doce ni mayor de veinte años, se advierte la comisión reiterada de varios delitos de esta naturaleza, con relación al acusado Pérez Gálvez. Respecto al imputado Rodríguez Diestra, se debió adicionar el delito de uso de documento falso, conminado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y multa.

Además, no se detecta la concurrencia de circunstancias atenuantes ni causales de disminución de punibilidad que justifiquen las penas privativas de libertad de dieciséis y dieciocho años, respectivamente; por lo que correspondería incrementarlas; sin embargo, al no haberlas cuestionado el representante del Ministerio Público, este Supremo Tribunal está inhabilitado de reformarlas en virtud del principio de prohibición de reforma en peor.

DECIMONOVENO. Cabe señalar que de la lectura de los supuestos facticos delictivos atribuidos a los procesados, se advierte que estos fueron perpetrados los días trece, dieciséis y veintinueve de noviembre de dos mil diez. Por tanto, al haberse realizado tres robos con agravantes se configura la agravante cualificada de la habitualidad y de los efectos regulados en los párrafos segundo y tercero, del artículo cuarenta y seis-C, del Código Penal. La presencia de esta agravante cualificada altera el límite punitivo establecido originalmente para el tercer delito perpetrado y se construye un nuevo marco punible.

Esto último representa un incremento equivalente a una mitad sobre el máximo legal. Cabe destacar también que estos efectos han sido igualmente desarrollados en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis (Fundamento Jurídico trece, literal c). Es más, ellos no son incompatibles con la aplicación de las reglas del concurso real de delitos. No obstante, al no haber demandado el representante del Ministerio Público la aplicación de esta circunstancia agravante cualificada en su acusación escrita ni en su recurso de nulidad, le resulta vedado a este Supremo Tribunal corregir tan grave omisión.

VIGESIMO. Que al haberse establecido en esta resolución la correcta aplicación del concurso real de delitos y de la circunstancia cualificada de habitualidad, en el momento de determinarse la pena final concreta corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

36

§36. Determinación judicial de la penas conjuntas

Recurso de Nulidad	3864-2013 – JUNÍN
Fecha	8 de septiembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodriguez Tineo, Salas Arenas, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 38 y 296 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5°, 6°, 7°, 8° y 9°.

RESUMEN:

En delitos sancionados con penas conjuntas, la concurrencia de reglas de bonificación procesal, como la conclusión anticipada de la audiencia, debe proyectar sus efectos de reducción de la pena, con igual eficacia porcentual sobre todas las penas aplicables.

FUNDAMENTOS:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

IV. GRADUACIÓN DE LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN

QUINTO: Que pese a no ser amparables los agravios planteados por la recurrente, encontrándose habilitado este Supremo Tribunal para revisar en lo que sea favorable al imputado las sanciones impuestas, cabe señalar que la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más penas principales. A esta modalidad de conminación penal se le

denomina "penas conjuntas". Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o participe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley.

SEXTO: La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a sus autor o partícipe. Por consiguiente, al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional.

SÉPTIMO: En atención a lo expuesto, no es explicable, en el presente caso, que el resultado punitivo en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta del delito de tráfico de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo, del Código Penal, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal.

OCTAVO: En consecuencia, pues se deben reducir proporcionalmente las penas de multa e inhabilitación en función a una extensión porcentual equivalente a la que se ha establecido para la pena privativa de libertad.

Sin embargo, cabe precisar también que al tener la pena de inhabilitación en el artículo treinta y ocho del Código Penal un estándar mínimo genérico de seis meses, la aplicación concreta de esta clase de pena para el caso sub iúdice debe graduarse prudencialmente, a fin de que no pierda su sentido y eficacia punitiva.

NOVENO: En ese contexto, para la reducción proporcional de la pena de multa debe tomarse como base del cálculo porcentual, los diez años de privación de libertad impuestos a la recurrente, que representan un estándar por debajo del mínimo legal establecido para dicha clase de sanción.

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simple) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación

de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de reducción que el Tribunal de Instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días de multa.

37

§37. Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación

Recurso de Nulidad	367-2004-SANTA
Fecha	23 de febrero de 2005
Procedencia	Santa. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mar, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Art. 51° del CP

RESUMEN:

*El **concurso real retrospectivo** se aplica teniendo en cuenta los siguientes criterios: **a)** Para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tenerse presente los supuestos de eximentes, **b)** El sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil; y, **c)** En el caso de que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no podrá sobreseerse el proceso.*

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO**: Que esta Sala Penal Suprema considera necesario hacer las siguientes precisiones: ***A)*** Que el denominado concurso real retrospectivo, contemplado en el artículo cincuenta y uno del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente fue juzgado y condenado sólo por uno o algunos de los delitos cometidos. De allí que al descubrirse con posterioridad a tal juzgamiento y condena los delitos restantes, ellos darán lugar a un nuevo juzgamiento. Sin embargo, tal anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente.

Por consiguiente conforme lo señala José Hurtado Pozo "... para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente que si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos" (Cfr. Hurtado Pozo, José: "Manual de Derecho Penal – Parte General", segunda Edición, Editorial Eddili, Lima, mil novecientos ochenta y siete, página quinientos noventitres). ***B)*** Que con la modificación incorporada del citado artículo cincuenta y uno del Código Penal por la ley número veintiséis mil ochocientos treintidos, se estableció como excepciones a dicha consecuencia general. En primer lugar, si el delito de juzgamiento posterior merece una pena inferior a la ya impuesta en el juzgamiento inicial, se debe dictar el sobreseimiento definitivo y el archivo de la causa. En segundo lugar, si la pena conminada para el delito posteriormente descubierto fuese superior a la ya aplicada se debe realizar nuevo juicio e imponerse la nueva pena que corresponda al procesado. ***C)*** Que para la operatividad de las excepciones mencionadas se debe efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto pero cometido antes de la primera sentencia. ***D)*** Que, por otro lado, es de señalar que el texto vigente del artículo cincuentiuno tiene una finalidad práctica orientada por los principios de economía procesal y eficacia judicial frente al gasto y desgaste funcional que representa todo nuevo proceso que al estar vinculado con un concurso real de delitos demanda una sanción coherente con lo prescrito en el artículo cincuenta del Código Penal.

QUINTO: Que el derecho de la víctima a una reparación por daños y perjuicios no se afecta con el sobreseimiento que autoriza el artículo cincuentiuno y que tiene una efectividad estrictamente punitiva; por tanto tal facultad de la víctima puede ejercerse en sede civil.

SEXTO: Que, en ese contexto, es importante resaltar que en la ciudad de Arequipa, con fecha dieciséis de diciembre del año mil novecientos noventisiete, los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República, se reunieron en sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal, con la finalidad de establecer criterios comunes para la aplicación de la norma penal, procesal penal y penitenciaria. Que entre los problemas jurisprudenciales sometidos a consideración del Pleno en aquélla ocasión, se encontraba la aplicación del concurso real retrospectivo, llegando a los siguientes acuerdos plenarios con relación a este tema: ***A)*** Para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tenerse presente los supuestos de

eximentes. ***B)*** El sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil. ***C)*** En el caso que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no puede sobreseerse el proceso; y ***D)*** La ley que modificó el artículo cincuentiuno del Código Penal no es inconstitucional, ya que no afecta el principio del debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia, ni el derecho a la igualdad de la ley." (Sic.)

38

§38. Error de tipo vencible

Recurso de nulidad	1448-2018-NACIONAL
Fecha	18 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 6, 14, 46 del CP.

RESUMEN:

La solicitud del procesado no se sustentó en la modificación de la norma usada para sustentar la pena impuesta, sino en argumentos que no permiten evaluar la aplicación de una pena más favorable, por lo que su pedido no es amparable.

FUNDAMENTOS:

III. De la absolución en grado

SEXTO. Es importante resaltar que la figura de la adecuación de la pena (por modificación normativa) se encuentra regulada en el artículo 6, segundo párrafo, del Código Penal, que establece que "si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley", de conformidad con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que contempla el supuesto de retroactividad de la ley en materia penal solo cuando favorece al reo.

Al respecto, conviene precisar que la adecuación de pena se encuentra referida a un escenario en el cual el tipo penal aplicado para condenar al solicitante sufrió modificaciones a lo largo del tiempo, lo que conlleva aplicar

las consecuencias más recientes a hechos anteriores a estas, siempre y cuando se beneficie al reo

SÉPTIMO. Del recurso presentado por la defensa del condenado no se desprenden argumentos específicos contra la decisión de la Sala Penal Nacional de rechazar su solicitud de adecuación; solo solicitó que se adjuntaran decisiones recaídas en otros procesos (respecto a otro encausado) sin indicar la pertinencia o utilidad de ellas. No obstante, se verificó que la norma por la que se condenó a Hernando Huamán Crisanto –el inciso b del artículo 3 del Decreto Ley número 25475– registra –a la fecha– solo dos modificaciones y ninguna de ellas afectó favorablemente la situación jurídica del referido condenado, a fin de requerir la adecuación de la pena.

Así, el artículo 2 del Decreto Legislativo número 921 (del dieciocho de enero de dos mil tres) solo precisó que la pena temporal máxima para los delitos previstos en el inciso b será cinco años mayor a la pena mínima establecida en él (esto es, treinta y cinco años); mientras que el artículo 1 del Decreto Legislativo número 985 (del veintidós de julio de dos mil siete) introdujo una modalidad delictiva al referido inciso b.

Es decir, se mantuvo en treinta años la pena privativa de la libertad, como extremo mínimo.

OCTAVO. Mediante el presente recurso (foja 147), el condenado Hernando Huamán Crisanto solicitó la adecuación de la pena privativa de la libertad impuesta sobre la base de los argumentos que no se aplican necesariamente a su situación, pues se trata de otros encausados y procesos, por lo que sus circunstancias, se entiende, son distintas (no realizó ninguna precisión al respecto).

Por otro lado, solicitó que se apliquen las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el artículo 46 del Código Penal, como la carencia de antecedentes penales y la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. No obstante, aun si se aplicaran dichas atenuantes[15] no tendrían repercusión alguna en la pena impuesta, ya que esta corresponde al mínimo legal previsto para el delito imputado y no se verificó alguna atenuante privilegiada que autorice la reducción por debajo del referido mínimo.

---

[15] Que fueron incorporadas mediante Ley número 30076, del trece de agosto de dos mil trece, es decir, de manera posterior a los hechos y solo como criterios de determinación de la pena con base en el sistema de tercios instaurado por la misma ley.

NOVENO. Así, se verifica que ninguno de los argumentos usados para solicitar su pena (o sustentar su presente recurso) se encuentra regulado para la adecuación de pena, pues no se cuestiona alguna modificación que mejorara las consecuencias del tipo penal por el que fue condenado. Por ello, al no cumplir con el objeto procesal que lo condiciona, se deberá rechazar el recurso planteado.

39

§39. Determinación judicial de la pena

Recurso de nulidad	760-2018-APURÍMAC
Fecha	3 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 22, 45 y 46 del CP.

RESUMEN:

No obstante todo lo acotado, este Supremo Tribunal, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad de la pena, considera que la sanción impuesta de cinco años de privación de libertad no resulta acorde con el delito juzgado, pues resulta demasiado benigna, por lo que, al no concurrir otra circunstancia cualificada de atenuación, la sanción debe ser incrementada.

FUNDAMENTOS:

3. Consideraciones del Tribunal Supremo

TERCERO. Este Supremo Colegiado, como órgano revisor, se encuentra regido por el principio tantum *devolutum quantum apellatum*[16], en virtud del cual su ámbito de pronunciamiento se encuentra definido y delimitado por la expresión de agravios del impugnante. En tal sentido, ninguna discusión entraña la materialidad del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de

---

16 Locución latina que significa "tanto apelo, tanto devuelvo".

la menor de iniciales M. A. A. T., y la responsabilidad del sentenciado Jonathan Florez Flores, en razón de que la única parte recurrente es el representante del Ministerio Público en el extremo de la pena impuesta al inculpado, por lo que dicha pretensión impugnatoria configura el marco a tener en cuenta para resolver el presente recurso.

CUARTO. Criterios jurídicos a considerar

4.1. La pena prevista para el delito de violación sexual de menor, si la víctima tiene entre diez a menos de catorce años de edad, de conformidad con el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años como pena base. Extremo mínimo que fue solicitado por el representante del Ministerio Público en su acusación escrita de foja doscientos cuarenta. No obstante, al encartado le fue impuesta la pena de cinco años de privación de libertad efectiva.

4.2. El artículo veintidós del código sustantivo, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, regula la responsabilidad restringida por la edad del imputado, estableciendo que podrá reconducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción. Y en el segundo párrafo señala que está excluido el agente que haya incurrido, entre otros, en el delito de violación de la libertad sexual.

4.3. Los artículos cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del citado código señalan las circunstancias que deben contemplarse para determinar la pena.

4.4. El derecho a la igualdad ante la ley se encuentra regulado en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

4.5. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, tal como establece el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna.

4.6. La atribución de los magistrados al realizar el control difuso constitucional de una norma se estableció en el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución y el artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.7. El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, desarrolló la imputabilidad restringida por razón de la edad y se refirió al control difuso en los casos

de los delitos de violación de la libertad sexual al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal con el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley.

4.8. En la sentencia recaída en el Expediente número mil ochocientos once-dos mil once-PHC/TC, del dieciséis de agosto de dos mil once, el Tribunal Constitucional recalcó como sentencia paradigmática en materia de control difuso el fundamento trece de la sentencia recaída en el Expediente número mil ciento veinticuatro-ciento once-AA/TC, y expresó los presupuestos para la aplicación del control difuso por parte de los jueces: a) en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; b) la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y c) la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Carta Magna, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por ende, tales presupuestos son una exigencia que deberá verificar todo juez a efectos de ejercer el control difuso válidamente.

4.9. El artículo catorce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, al inaplicarse una norma legal, esta deberá ser elevada en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en caso de no ser impugnada.

QUINTO. Análisis del caso en particular: aplicación del control difuso para la reducción de la pena

5.1. Los agravios formulados por el representante del Ministerio Público están referidos a la determinación judicial de la pena impuesta al sentenciado Florez Flores; pues, pese a que el legislador exceptuó el empleo de la responsabilidad restringida respecto al agente que cometiera, entre otros, el delito de violación sexual, el Órgano Superior hizo uso del control difuso de la norma penal y le impuso una pena demasiado benigna, por debajo del mínimo legal.

5.2. Dicho tema fue abordado en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, en el que se indicó que los jueces penales se encuentran plenamente habilitados a

pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del segundo párrafo del articulo veintidós del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato, irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente– que impide un resultado jurídico legítimo.

5.3. Entre el primer y el segundo párrafo del citado artículo, se advierte entonces que existe evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma penal, ya que dicho postulado introduce una discriminación y desigualdad de trato, irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente que impide un resultado jurídico legítimo, vulnerando el derecho fundamental de igualdad ante la ley, garantía que opera cuando varios supuestos de hecho previstos en las normas reciben un trato distinto, a pesar de que contienen similares características.

5.4. El tratamiento punitivo de los denominados "jóvenes delincuentes" que el Código Penal sitúa entre los dieciocho y menos de veintiún años de edad se justifica razonablemente en que el individuo a esa edad aún no alcanza la plena madurez, por lo que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente; y, por ende, se les distingue para aplicarles una tratamiento sancionador especial.

5.5. Por ello, esta Suprema Instancia coincide en el uso de la atribución del control difuso establecido por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, para resolver con arreglo a la norma de mayor rango y, por tanto, aplicar plenamente y sin excepciones el primer párrafo del artículo veintidós del código sustantivo, que autoriza la reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad.

5.6. En el presente caso, el Colegiado Superior expidió la sentencia de cuyos fundamentos expuestos se advierte que se encuentra suficientemente motivada la inaplicación del segundo párrafo del artículo en mención, debido a que en la fecha del suceso el sentenciado tenía diecinueve años con cinco meses de edad (y la menor, trece años con un mes de edad, quien era su pareja sentimental al momento del suceso ilícito). Por tanto, no había alcanzado la suficiente madurez como para internalizar la gravedad de su conducta y conducirse de otro modo, por lo que lo consideraron agente de responsabilidad restringida, más allá de la prohibición de la norma penal citada, que fue inaplicada en la medida en que dicha prohibición colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley.

A ello se aúnan los argumentos jurídicos y fácticos explícitamente expuestos por el Órgano Superior en el quinto considerando de la sentencia venida en grado.

5.7. No obstante todo lo acotado, este Supremo Tribunal, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad de las penas, considera que la sanción impuesta de cinco años de pena privativa de libertad no resulta acorde con el delito juzgado, pues resulta demasiado benigna, por lo que, al no concurrir otra circunstancia cualificada de atenuación, la sanción debe ser incrementada a doce años de pena privativa de libertad, es decir, dentro del intervalo mínimo del tercio medio desarrollado por la Superior Sala en el numeral nueve del quinto considerando de la recurrida.

40

§40. Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual

Acuerdo Plenario	06-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

Los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades presentan ciertas características: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación, pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

Se configuraría un supuesto de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades.

Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 3. TRATA DE PERSONAS: RASGOS TÍPICOS ESENCIALES

22.° De los alcances típicos reseñados pueden sacarse algunas conclusiones que tendrán incidencia en la resolución de los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas, que no necesariamente deben concurrir secuencialmente para la configuración de la trata; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional, pues basta con comprobar el desarraigo de la víctima en sentido amplio que puede verificarse incluso en el mismo lugar de residencia; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación , pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

§.4 TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA DERIVADA DE LA TRATA

23. Teniendo en cuenta las características esenciales del delito de trata de personas, explicadas precedentemente, es posible considerar su concurrencia con las diversas modalidades de explotación sexual. Para dilucidar las posibles salidas interpretativas es de partir de las siguientes premisas: a) que el juicio de tipicidad se haga respecto de la misma persona; b) que la víctima igualmente sea la misma; c) que sea necesario determinar si el objeto de imputación corresponde a la misma acción o no, en sentido normativo; y, d) que la acción u acciones se adecuen al tipo penal de trata de personas y/o a un supuesto de explotación sexual.

24. En principio es posible considerar la posibilidad que el sujeto activo de alguna de las modalidades de trata pueda ulterior o simultáneamente realizar los delitos de explotación agravados porque el acto se deriva de una situación de trata de personas y/o el agente actúa como integrante de una organización criminal o banda criminal. Tratándose del mismo sujeto activo debe señalarse que la conducta de trata es independiente de las conductas de explotación. Si bien las modalidades típicas de trata de personas, desde la captación hasta la acogida, son normalmente previas a la concreción de la finalidad –la explotación de la víctima–, el contenido de injusto es distinto al de la explotación misma. Desde una perspectiva normativa no puede equipararse este supuesto, por ejemplo, con el de las lesiones de necesidad mortal que es absorbida por el resultado muerte de la víctima. Los actos de explotación, en sus diversas modalidades se independizan de las modalidades de trata, no solo por el momento diverso en que se produce, sino por el contenido de injusto determinable en función de la vulneración del bien jurídico –dignidad de la persona–, distinto del de la modalidad de explotación.

25. No se trata de un concurso medial pues este se configura cuando el delito precedente –trata de personas– es un medio necesario para la comisión de otro –delito de explotación en cualquiera de sus modalidades–. Como hemos visto y como puede deducirse de la redacción de los tipos penales de explotación sexual, no siempre estos delitos se derivan ineluctablemente de un delito de trata de personas.

Una persona puede haberse iniciado en la actividad de la prostitución voluntariamente y posteriormente ser explotada, mediante violencia, amenaza u otro medio. En el caso que el sujeto activo de la explotación sexual retuviese a la víctima mediante cualquiera de los medios calificados para la trata –violencia o amenaza, uso de drogas o alcohol, aislamiento– para explotarla sexualmente, su conducta de retención no es absorbida por la conducta de la explotación sexual. El uso de los medios para evitar que la víctima se vaya es diferente al uso de los medios para explotarla.

26. Así las cosas, se configuraría un supuesto de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades. Para efecto de la determinación de la pena, ha de regularse bajo los parámetros del artículo 50 del Código Penal; esto es, sumar las penas que corresponden a las acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad.

27. Ahora bien, pueden presentarse, entre otros, los siguientes supuestos concursales: a) si la víctima es mayor de edad, el concurso entre trata de personas simple y explotación sexual –por ejemplo, artículo 153 B–, el marco punitivo se determina por la pena conminada más grave –quince años prevista para ambos delitos–, a la que se le suma hasta quince años más; b) si la víctima de trata tenía entre catorce y dieciocho años de edad, el marco punitivo básico se determina en función de la pena de veinte años –pena más grave prevista para la trata– a la que se adiciona hasta quince años, por el delito de explotación; c) si la víctima de trata tenía menos de catorce años de edad, a la fecha de comisión del delito, y es explotada dentro de este rango etario, se fija en función de la pena más grave, hasta treinta y cinco años –por ejemplo, en el delito de favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A.10, cuya pena conminada es treinta y cinco años–.

28. Ahora bien, en siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas. Son los casos de los delitos previstos en los artículos

153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada de la trata de persona, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –la trata de personas–.

§ 5. Trata de persona y explotación sexual agravada por el contexto de banda u organización criminal

30. En estos casos, estamos en general en los mismos supuestos de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. El matiz diferenciador con relación al caso anterior es que la organización criminal o banda, de la que el tratante y luego explotador es miembro, realiza ambas conductas bajo la cobertura y en nombre de la banda u organización criminal. Sin embargo, en los doce supuestos típicos de explotación, en los que se prevé la circunstancia agravante de la condición de integrante de una organización criminal o banda, deben diferenciarse los siguientes supuestos: a) si el sujeto activo cometió el delito de trata individualmente, pero realiza la conducta de explotación sexual –por ejemplo rufianismo, artículo 180–, como integrante de una organización criminal, se fija como marco punitivo, la pena más grave; esto es quince, veinte y veinticinco años según se trate de niño, adolescente o adulto, respectivamente, a la que se adiciona la pena para el delito de rufianismo agravado, hasta treinta y cinco años como máximo; b) si el agente cometió el delito de trata y el de explotación sexual –por ejemplo, pornografía infantil, artículo 183-A–, como integrante de una banda u organización criminal, se fija la pena más grave de veinte o veinticinco años –correspondiente al delito de trata de personas adolescentes o niños respectivamente–, a la que se adiciona la pena del delito de pornografía infantil simple hasta diez años –pena conminada para este delito–; c) en estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual, derivada de la condición de integrante de la organización criminal o banda criminal, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –comisión como integrante de una organización o banda–.

§ 6. Trata de persona y explotación sexual con agravantes similares a los medios de trata

31. Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–. Si no concurriese otra circunstancia agravante deberá calcularse la pena en función de la pena más grave, que en este supuesto es la misma para el delito de trata simple de mayores de edad y el delito de explotación básica: quince años. A esta pena se adiciona hasta quince años. En el caso de la trata de adolescentes, se fija la pena de veinte años –correspondiente a la pena trata de personas– a la que se adiciona hasta treinta y cinco años. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas –con abuso de la situación de vulnerabilidad– y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada del abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima explotada, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –presencia de la situación de vulnerabilidad–. Debe procederse bajo el mismo parámetro valorativo en los casos en los que se agrava la conducta de explotación por el abuso de una condición de superioridad, control o poder sobre la víctima y en el que este ha sido el medio para la comisión de la trata de persona mayor de edad.

§ 7. Promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata y de la explotación sexual

32. Es probable que se presenten casos en los que los promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata de personas puedan tener igual o similar condición de los delitos de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades –por ejemplo, promoción o favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A, o promoción de la pornografía infantil con la víctima tratada, artículo 183-A–. El criterio de base debe ser el mismo, en el sentido que si bien estas conductas de favorecimiento, promoción, financiación o facilitación son similares en ambos delitos, no corresponden al mismo suceso fáctico, entendido desde una perspectiva normativa.

Por tanto, la determinación de la relación concursal no podría ser abordada como si los actos promotores, facilitadores, favorecedores o de financiación de la trata de personas fuesen delitos de resultado cortado o como si fuesen de carácter medial. En el primer caso, la conducta de promoción de la trata no tiene como consecuencia esperada la conducta de promoción de la pornografía infantil de la víctima tratada. En el segundo caso, se descarta el concurso medial pues no estamos ante una sola conducta –la promoción de la trata– que conduzca necesariamente a la promoción de la explotación sexual. Ergo, las conductas de trata en sus diversas modalidades constituyen por lo general acciones –delitos– independientes de los actos de explotación sexual si se concretan en la realidad, por lo que la determinación de la pena debe resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos.

41

§41. Interés superior del niño: Causal de disminución de la punibilidad supra legal

Recurso de nulidad	761-2018-APURÍMAC
Fecha	28 de mayo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 45 del CP

RESUMEN:

El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige como una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho Penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor.

FUNDAMENTOS:

3. Del examen de la pretensión defensiva

TERCERO. Que el encausado López Huamán desde que declaró en sede preliminar [fojas doce] y en todo el curso del proceso jurisdiccional [instructiva

de fojas ciento veinticinco y declaración plenarial de fojas cuatrocientos cuarenta] reconoció que de mutuo acuerdo tuvo relaciones sexuales con la agraviada porque era su enamorada.

La agraviada A.C.P. en su declaración plenarial de fojas cuatarocientos sesenta y siete insistió en que se trató de sexo voluntario, que desde que estuvo embarazada en dos mil trece inició una relación de convivencia con el imputado, y que con él ya tiene dos hijos.

La relación de convivencia se confirma con el mérito del Informe Social de fojas cuatrocientos noventa y cuatro. Allí se indicó que el encausado y la agraviada mantienen una convivencia estable con dinámica funcional y redes de soporte familiar –tienen dos menores hijos-, y es el imputado quien asume la responsabilidad económica, a cuyo efecto trabaja como taxista.

CUARTO. Que, ahora bien, no está en discusión el juicio de culpabilidad –comisión del injusto penal culpable- sino el de medición de la pena; luego, en virtud del principio devolutivo parcial en materia impugnativa, solo es pertinente un análisis sobre este último objeto.

1. Los criterios de determinación de la pena, desde el espacio punitivo fijado por el tipo penal, están desarrollados, básicamente, por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, a partir d elos cuales se hace uso del principio de proporcionalidad, en tanto garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso- que guía en el ámbito de restricción del mismo. A esta pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circusntancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación-, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

2. El literal c) del artículo 45 del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena tomar en cuenta: "*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan...*". En el presente caso es especialmente relevante que imputado y agraviada ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero, el cual cumple con sus obligaciones de padre. En esta misma línea, se tiene un principio básico del derecho del niño (artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve), consagrado internacionalmente, que importa que cuando sus derechos están comprometidos debe tomarse en

cuenta sus intereses superiores: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen* [...] *los tribunales* [...], *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

3. El imputado está incurso en la regla de reducción de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –la complejidad de la causa se enervó por su propia admisión y la colaboración que mantuvo con la justicia-. Concretada en una disminución de la pena "...*a límites inferiores al mínimo legal* [...]". En consecuencia, corresponde invocar el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales –no es de aplicación el artículo 161 del Código Procesal Penal porque entró en vigor en los casos del Código de Procedimientos Penales a partir de la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece-. De otro lado, es de atender a lo resuelto por el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, de cuatro de junio de dos mil diecisiete, que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera.

4. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege –este hecho se ha probado más allá de toda duda razonable, que es lo que debe cumplirse en estos casos en aras de su viabilidad legal- se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En efecto, en la medida en que el código Penal no la incorporó como tal, el ordenamientocontempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la penal. La culpabilidad

C. REFUNDICIÓN DE PENAS

42

§42. Refundición de penas en concurso real retrospectivo

Recurso de Nulidad	4052-2004-AYACUCHO
Fecha	10 de febrero de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacios Villar, Quintanilla Chacón, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Refundición de penas en concurso real retrospectivo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 48° y 50° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° y 5°

RESUMEN:

*La aplicación del **concurso real retrospectivo** en el caso de **juzgamientos sucesivos** trae como consecuencia la **aplicación de una sola pena que sea proporcional a la responsabilidad del agente**; lo que no necesariamente significa que la pena mayor absorba a la pena menor, sino que el criterio rector lo establece en concordancia con los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal.*

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que, ahora bien, el tratamiento del concurso real retrospectivo, en el caso de juzgamientos sucesivos y en orden a la imposición de la pena, apunta, de un lado, a evitar que el condenado sea tratado más severamente que lo que hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente; y, de otro lado, a imponer una sola pena que sea proporcionada a la responsabilidad del agente, en tanto que el juez no puede acumular las penas; que la respuesta penal en caso de concurso real no puede estar condicionada a

factores procesales referidos a la persecución, al conocimiento por la autoridad de la comisión del injusto y a la fecha de su enjuiciamiento, de ahí que la pena única se impone como exigencia legal e incluso de tratamiento penitenciario; que, siendo así, cuando la ley prohíbe un beneficio penitenciario a quien ha sido objeto de una condena anterior no puede entenderse que está referida al dato formal de la existencia de una sentencia, pues ésta incluso puede comprender varios hechos típicos juzgados simultáneamente, de modo que del análisis de la norma el resultado interpretativo incorporaría un factor de desigualdad irrazonable cuando, por circunstancias derivadas de la persecución penal, no se acumularon hechos delictivos en un solo proceso antes de la sentencia.

QUINTO: Que, en consecuencia, cuando se produce la **refundición de penas *como consecuencia de un concurso real retrospectivo***, es de entenderse que finalmente la ***condena es una solo o única***, esto es, que el resultado que se obtiene es una pena única refundida –que, por lo demás, no necesariamente significa sin más que la pena mayor absorba a la pena menor, sino que para el tratamiento punitivo único es de rigor tener como criterio rector lo que establece la concordancia de los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal- que, en el presente caso, como medió una refundición de penas con el resultado de una pena única, no se está ante el impedimento regulado en el artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte."

D. CONVERSIÓN DE LA PENA

43

§43. Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria

Casación	382-2012- LA LIBERTAD
Fecha	17 de octubre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 52° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3° considerando

RESUMEN:

La conversión de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración que efectúa el juez al momento de citar sentencia y luego de descartar la procedencia de la suspensión de ejecución o reserva del fallo condenatorio y no en la etapa de ejecución de la sentencia. Y, la libertada anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citado en la norma y no desarrollado por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida. En el caso planteado se utilizó el pedido de libertad anticipada como argumento para impugnar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de pena que quedó consentida por haber sido ejecutoriada.

FUNDAMENTOS:

III. DEL MOTIVO CASACIONAL. PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

CUARTO. El objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la libertad anticipada y la conversión de la pena. Si la primera es un mecanismo procesal previsto en la ley para solicitar una conversión de pena en la etapa de ejecución de sentencia.

A. Sobre la conversión de la pena

1. El Código Penal vigente ha considerado cinco modalidades alternativas a la prisión efectiva que son las siguientes: a) sustitución de pena privativa de libertad; b) conversión de pena privativa de libertad; c) suspensión de la ejecución de la pena; d) reserva del fallo condenatorio; e) exención de pena. De las cuales la que tiene mayor aplicación es la suspensión de la ejecución de la pena y en menor grado la reserva del fallo condenatorio, y en un porcentaje casi nulo las demás medidas alternativas.

2. "*El instituto penal de la conversión de pena puede ser definido como la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el caso del Derecho Penal peruano, la posibilidades de conversión de la pena privativa de libertad son dos: conversión en penas de multa o conversión en pena limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres*" (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Código Penal. Estudios Preliminares referentes al Código Penal. Editorial Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, página treinta y dos).

3. Para que proceda esta medida alternativa se exige las siguientes condiciones: i) que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda de dos o cuatro años de pena privativa de libertad; y, ii) que, en el caso concreto, como requisito especial exige que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio.

4. El artículo cincuenta y dos del Código Penal es el marco normativo en el cual reposa la conversión de la pena privativa de libertad, precisando dicha norma que en los casos que no fuera procedente la

condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

5. Literalmente la norma señala: "*En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio el juez podrá convertir la pena (...)*". Además, que los tipos de pena sustituidos en la conversión de la pena son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y multa.

6. Los artículos cincuenta y tres y cincuenta y cuatro del Código Penal contemplan como causales de revocación de la pena, que el condenado no cumpla en forma injustificada con el pago de multa o de prestación de servicio o con la jornada de limitación de días-libres, lo cual se diferencia de las penas suspendidas o reserva del fallo, que señalan un serie de reglas de conductas impuesta por el juez en la sentencia.

B. El momento de la conversión de la pena

1. El artículo cuarenta y seis del Código Penal señala que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificativas de la responsabilidad, considerando las circunstancias genéricas señalas en el artículo invocado. A su vez, el último párrafo del artículo cuarenta y siete del Código Penal establece que la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativas de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Queda claro, entonces, que es de asumir que en la sentencia se deberá fundamentar la razón de la pena a imponer o pena sustitutiva elegida, ya que esta última resulta una medida alternativa de carácter subsidiaria frente a las otras penas que regula el Código Penal.

2. En efecto, si en un proceso penal se determinó la responsabilidad penal de una persona respecto al delito cometido, siendo condenado a pena privativa de libertad suspendida bajo ciertas reglas de conductas, resulta imperativo que esta deba ser cumplida en el plazo y modo señalado en la ley; toda vez que la conversión de pena es una alternativa que establece el Código Penal frente a la imposición de una pena efectiva de corta duración y de descarte de la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio. Entonces, se tiene que por expresa disposición normativa la conversión de pena se efectúa al momento de emitirse sentencia; toda vez que opera residualmente, es decir, cuando no procede la condena condicional o reserva del fallo, y como estas se determinan al emitirse sentencia, la conversión de pena por otra alternativa se realizará al momento de emitirse sentencia.

3. El inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, lo cual implica que la sentencia se cumpla en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, tal como lo establece el artículo cuarto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Existe una duda válida, que tiene trascendentales efectos prácticos, en torno al momento de aplicación del instituto de conversión de pena. Al respecto, existen dos posturas que sintetizan el estado actual. Una primera postura considera que la medida alternativa de conversión de pena solamente opera durante la expedición de la sentencia, la emisión de la sentencia es realizada a través de un pronunciamiento jurisdiccional. El efecto principal de optar por esta postura es que no pueda ser ejercida nuevamente con la finalidad de desnaturalizar los otros sustitutos alternativos de la pena. Una segunda postura considera que opera también en la fase de ejecución de sentencia. Esta postura señala que apelando a una interpretación sistemática de "todo el capítulo de la conversión de la pena", lleva a la otra conclusión

también jurídica válida y justa, de que su aplicación puede hacerse en fase de ejecución de sentencia; toda vez que el Código Penal no ha contemplado en forma expresa la conversión de penas en la etapa de ejecución, sin embargo, tampoco está prohibida.

5. Desde nuestra perspectiva, la solución al problema se halla en diferenciar las medidas alternativas adoptadas por el Código Penal al momento de su aplicación, lo cual determinará sus efectos durante la fase de ejecución de sentencia. En efecto, al momento de emitir sentencia, el juez valora las circunstancias genéricas que prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, para imponer una medida drástica que es la prisión efectiva, momento en el cual si descarta la condena condicional o la reserva del fallo condenatoria, convencido que la pena concreta a imponer debe ser efectiva, revalorará el pronunciamiento, y optará por las medidas alternativas, esto es, multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

6. De lo mencionado, es evidente que la actividad realizada para la conversión de pena por el magistrado está referida al momento de la determinación judicial de la pena concreta, ya que en ese momento realiza una actividad estrictamente jurisdiccional y porque en el fallo debe fijarse la pena impuesta y a continuación debe acordarse la conversión. Sostener que se pueda realizar en un momento posterior, implicará que se alteraría la autoridad de cosa juzgada, ya que se emitiría pronunciamiento sobre circunstancias no conocidas al momento que se determinó la pena concreta.

7. Esta interpretación se ampara en que la conversión de pena es una institución con presupuestos y requisitos preestablecidos porque una de sus funciones es evitar que una persona ingrese a prisión, no sacarla de prisión.

8. Sobre las consideraciones precedentes, se concluye que la conversión de pena opera al momento de la emisión de la sentencia. La razón radica en el tipo de valoración que hace el juez al momento de la determinación judicial de la pena concreta, puesto que al emitir el fallo valora la personalidad del agente y las circunstancias que rodean al hecho punible, para luego de un proceso intelectivo, declarar si procede o no la conversión de pena.

C. La libertad anticipada

1. La libertad anticipada significa, que el sentenciado a pena privativa de libertad efectiva accede a su libertad antes del cumplimiento de la pena. El inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, establece la figura de la libertad anticipada señalando: "Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en una audiencia oral, citando a los órganos de prueba que deben informar durante el debate". La misma norma en comento, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios.

2. En efecto, no se advierte de la norma procesal los supuestos o causales que habiliten la aplicación de la libertad anticipada, no se encuentran establecidos en el Código Penal, en su Capítulo III, donde regulan los casos de conversión de la pena privativa de libertad, el Capítulo IV hace lo mismo respecto a la suspensión de la ejecución de la pena y el Capítulo V destina sus preceptos al desarrollo de la reserva del fallo condenatorio; del mismo modo, el Título V, del Libro I, del Código sustantivo regula todo lo concerniente a la extinción de la acción penal y de la pena; tampoco alude dicha figura procesal el Código de Ejecución Penal donde establece la operatividad de los beneficios penitenciarios; por consiguiente, la libertad anticipada siendo una figura jurídica de carácter procesal no está regulada en ninguno de los Códigos anteriormente señalados.

3. El artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal en sus respectivos incisos, lo que está haciendo es enumerar las respectivas incidencias [conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y a la extinción o vencimiento de la pena] que modifican una sentencia en ejecución. Por ello, cuando la norma procesal hace la distinción entre libertad anticipada y beneficios penitenciarios, es una de género a especie, donde la libertad anticipada no es otra cosa que la consecuencia o efecto de la aplicación de un beneficio de semilibertad o liberación condicional.

4. Este criterio es el que sigue el Tribunal Constitucional en el expediente número doce guión dos mil diez-PI/TC [considerando noventa y dos], señalando que: "El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presente la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio". De ahí que aplicar dicha institución de naturaleza procesal solo citada en la norma procesal, desnaturaliza el procedimiento de ejecución de sentencia y con ello instituciones procesales como la conversión de las penas, reserva del fallo condenatorio, suspensión de la pena privativa de libertad y los beneficios penitenciarios, que se encuentran desarrolladas en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

5. En tal sentido, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, deviniendo en irregular su aplicación vía interpretación extensiva del artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto, para no colisionar con los principios de legalidad, cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva.

6. En la Casación número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, se estableció que: "(...) al no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el juez la otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar repuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que no procede su aplicación en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d), artículo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue. IV. a sentencia de vista

E. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

44

§44. Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada

Recurso de Nulidad	2476-2005-LAMBAYEQUE
Fecha	20 de abril de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 57°, 61° y 69° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 7°

RESUMEN:

*La **sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad** -salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación- por lo que se considera que la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva, sino que se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos. Así, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, **sin que la suspensión se extienda a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil**, que ni siquiera es considerada una pena.*

Es por ello que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida.

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que el artículo sesenta y uno del Código Penal, invocado por el citado encausado y por el Superior Tribunal, ***exige que haya transcurrido el plazo de prueba y que el condenado no haya cometido nuevo delito doloso ni infringido de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia; que, en cuanto al cómputo del indicado plazo, es de tener presente el artículo trescientos treinta del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria, como en el presente caso, se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo doscientos noventa y tres del Código de Procedimientos Penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se absuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida; que, por consiguiente, en el caso de autos ese primer requisito se ha cumplido, pues la sentencia de primera instancia se emitió el treinta de octubre de dos mil uno y el período de prueba venció el veintinueve de octubre de dos mil cuatro.***

QUINTO: Que, como ya se anotó, otro requisito que impone el artículo sesenta y uno del Código Penal es que el condenado, durante el período de prueba, no cometa nuevo delito doloso ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta; que el imputado Vallejos Burga no cumplió con una de las reglas de conducta que le fueron impuestas: "...reparar el daño causado consistente en la devolución que deberán hacer Labrín Carrasco, Vallejos Burga y Guillén Alcántara de la suma de treinta y dos mil novecientos setenta y nueve nuevos soles con noventa y cuatro céntimos..."; que la reparación del daño causado, que en el presente caso –por disposición de la propia sentencia- consiste en la devolución de una suma de dinero determinada, cuya obligación no escapaba al sentenciado, e importa obviamente una negativa persistente y obstinada de su parte, sin que pueda entenderse que para esa calificación sea necesario al órgano jurisdiccional requerimientos o amonestaciones expresas, en consecuencia, sólo se requiere que de autos se desprenda que el obligado se mantenga firme o

constante en no reparar el daño, que sea perseverante y tenaz en esa decisión, que es precisamente lo que ha ocurrido en autos; que, por lo demás, la reparación del daño impone al condenado un deber positivo de actuación, cuyo incumplimiento importa una conducta omisiva, que en este caso comunica inequívocamente una manifiesta voluntad -hostil al derecho- de incumplimiento a la regla de conducta impuesta en el fallo; que, siendo así, la solicitud del sentenciado debe desestimarse por incumplimiento del segundo requisito analizado.

SEXTO: Que este entendimiento del artículo sesenta y uno del Código acotado es independiente y no se opone a lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del mismo Cuerpo de Leyes, que autoriza al órgano jurisdiccional que ante el incumplimiento de las reglas de conducta, pueda amonestar al infractor, prorrogar el período de suspensión o revocar la suspensión de la pena; que, por otro lado, la inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, sino únicamente que no opera esta causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal; que, al respecto, juristas como PRATS CANUT sostienen que la remisión de la pena [o en nuestro caso, de tener por no pronunciada la condena] importa una forma específica de rehabilitación diferente de la normal fijada en el Código Penal [Autores Varios: *Comentarios al Código Penal.* Tomo I. Editorial Aranzadi. Navarra.1976 pp. 472], por lo que quienes se encuentren en esa situación tendrán que someterse a lo dispuesto en las reglas generales de la rehabilitación previstas en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, con la obvia aclaración que vencido el plazo de prueba cesa la posibilidad de amonestaciones, éste ya no podrá prorrogarse, ni tampoco podrá ser revocada la pena privativa de libertad suspendida, y sólo tendrán que cumplirse aquellas reglas de conducta que importen la reparación efectiva del daño (artículo cincuenta y ocho inciso cuatro del Código Penal), salvo desde luego que opere la prescripción de la ejecución de la pena.

SÉPTIMO: Que, finalmente, es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código Sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena [aún cuando también se la denomine condena condicional -artículo cincuenta y ocho del Código Penal-, se trata, como afirma HURTADO POZO de una modalidad de ejecución de la pena y, si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado: *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*, Anuario de Derecho Penal noventa y siete / noventa y ocho, Lima, mil novecientos noventa y nueve, pp.

237]; que, por tanto, ***la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil*** -esta última, como es obvio, no es una pena ni está dentro de los límites del *ius puniendi* del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo dos mil uno del Código Civil-; que, en tal virtud, aún cuando fuera procedente el artículo sesenta y uno del Código Penal y, en su caso, la rehabilitación prevista en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, ello no obsta a que el condenado deba pagar la reparación civil, pues lo contrario importaría una lesión directa al derecho de la víctima a la reparación y un atentado clarísimo a su derecho a la tutela jurisdiccional, incluso dejándola en indefensión material; que tener por no pronunciada la condena, según estatuye el artículo sesenta y uno del Código Penal, no puede significar entonces que igualmente se extingan las penas no suspendidas y, menos, la exigencia del pago de la reparación civil, por lo que en tal supuesto la orden judicial sólo debe comprender la desaparición de la condena impuesta a una pena privativa de libertad -con la consiguiente anulación de los antecedentes en ese extremo-, quedando subsistente -si es que no se han cumplido- las demás penas principales o accesorias y, particularmente, la reparación civil –como aclaran ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, el cumplimiento de la condición no hace desaparecer el acto jurisdiccional, sino sólo la condenación a la pena de prisión [Derecho Penal – Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, dos mil, pagina novecientos veinticuatro]-." (Sic.)

45

§45. Aplicación de sanciones por incumplimiento de reglas de conducta

Casación	656-2014-ICA
Fecha	18 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 59° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 15°

RESUMEN:

Los efectos que se prevén en el artículo 59 del Código Penal para el caso de incumplimiento de reglas de conducta, se aplicarán según sea el caso. El Juez motivará que efecto se genera caso por caso, no exigiéndose que estos efectos sean aplicados correlativamente. Por tanto, se deja sin efecto el fundamento jurídico quinto de la Resolución administrativa N°321-2011-P-PJ.

FUNDAMENTOS:

NOVENO: Para realizar y determinar una correcta interpretación del artículo 59 del Código Penal, referido a los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta, es necesario previamente revisar las interpretaciones que realizaron de éste, el Tribunal constitucional – máximo órgano de interpretación constitucional- y La Corte Suprema en el año 2011 mediante la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ. Y por último, nos remitiremos a la propia norma para verificar si su redacción presenta ambigüedades que hayan llevado a interpretaciones dispares.

DECIMO: El Tribunal Constitucional ha emitido diferentes resoluciones, como por ejemplo: Expedientes N°2517-2005-PHC, N°3165-2006-PHC, N°3883-2007- PHC, N° 02076-2009-PHC, 01820-2011-PA/TC, entre otros; donde señala que los efectos que genera el incumplimiento de las reglas de conducta, conforme al artículo 59 del Código Penal son tres: "1. Amonestación al infractor, 2. Prorrogar el periodo de suspensión (...) o, 3. Revocar la suspensión de la pena"; y que estos efectos se pueden generar previo requerimiento fiscal indistintamente, es decir, no se requiere que se dicten correlativamente. Conforme la interpretación del Tribunal Constitucional, según sea el caso y a criterio motivado del Juez, se podrá imponer al primer incumplimiento de conducta la revocación de la suspensión de la pena, sin la necesidad de que previamente se haya impuesto los efectos anteriores.

DECIMO PRIMERO: Pese a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el 8 de setiembre de 2011 se emitió la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ, circular que buscaba regular y uniformizar la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que señala a lo largo del fundamento jurídico quinto que "(...)el Juez deberá aplicar de manera correlativa lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal –salvo lo reglado en el artículo 60°-. Esto es, primero amonestará al infractor. Luego, si persiste en el incumplimiento, prorrogará el periodo de la suspensión hasta la mitad del plazo que se fijó inicialmente. Finalmente, si el agente hace caso omiso a las sanciones precedentes, revocará la suspensión de la ejecución de la pena."

DECIMO SEGUNDO: Como se señaló conviene analizar brevemente la norma penal, y verificar si su redacción presenta ambigüedades. El artículo 59, textualmente señala:

"Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, **el Juez podrá según los casos:**

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el periodo de suspensión (...).
3. Revocar la suspensión de la pena".

Nótese, que en la redacción de la norma, no se precisa que ésta será de aplicación correlativa y tampoco deja margen de error o interpretación en dicho aspecto, pues señala textualmente que de incumplirse las normas de conducta "(...) el Juez podrá, **según los casos** (...)" aplicar los efectos citados en la norma.

DECIMO TERCERO: Si la norma penal hubiese omitido señalar textualmente "(...) según los casos (...)" podríamos afirmar que en efecto la norma puede ser interpretada de dos maneras, una donde se crea que los efectos se aplicarán correlativamente u otra donde se aplique cualquiera de ellas a discreción del Juez. Sin embargo, nuestro legislador, fue claro al precisarlo, no dejando lugar a duda de que tales efectos podrán ser aplicados por el Juez Penal según el caso concreto.

DECIMO CUARTO: Conforme a lo señalado, este Supremo Tribunal afirma que conforme a la Ley penal, claramente redactada, la correcta interpretación de ésta es la señalada en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues se adecua cabalmente a una interpretación gramatical, sistemática y funcional. Así, el fundamento jurídico quinto de la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ debe ser desatendida, en razón a que la interpretación que allí se plantea se contrapone con una correcta interpretación, más aún si la misma carece de fundamento.

DECIMO QUINTO: A modo de conclusión se puede establecer que la aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de que se siga una secuencia prelativa. No se puede exigir al Juez Penal a imponer dichos efectos de manera correlativa, cuando es algo expresamente contrapuesto a la norma, y más aún que se contrapone con el sentido de ésta. No todos los casos e imputados son iguales; así, habrá algunos que abiertamente y sin mayor culpa incumplan las reglas de conducta impuestas, a los cuales conforme una debida motivación podrá corresponder prima facie la imposición de la revocación de la suspensión de la pena.

F. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

46

§46. Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio

Recurso de Nulidad	3332-2004-JUNÍN
Fecha	27 de mayo de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Villa Stein, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe, Prado Saldarriaga y Valdez Roca.
Disposiciones estudiadas	Arts. 62º a 67º y 426º del CP.

RESUMEN:

La reserva del fallo condenatorio es una ***medida alternativa de la pena privativa de libertad que es de uso facultativo para el Juez,*** *en tanto permite* ***declarar la culpabilidad del proceso sin emitir la condena y la pena*** *que debería corresponderle.*

Sin embargo, ***sólo procede cuando el delito esté sancionado con una pena de inhabilitación no superior a dos años****. Por tanto, es improcedente la aplicación de esta figura para los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del título decimoctavo del Código Sustantivo, ya que en aplicación del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, éstos serán sancionados con pena de inhabilitación con un máximo de duración de tres años.*

FUNDAMENTOS:

"**QUINTO:** Que con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete del Código Penal, es importante precisar: ***a)*** Que ésta es una medida alternativa a

la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; ***b)*** Que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un periodo de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevos delitos y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; ***c)*** Que la reserva del fallo condenatorio procede cuando concurren estos supuestos: ***(i)*** Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ***(ii)*** Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad de agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; ***(iii)*** Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

SEXTO: Que la reserva del fallo condenatorio no genera antecedente penal, pero su aplicación debe inscribirse en el registro respectivo.

SETIMO: Que se advierte de autos que la Sala Superior Penal, ha aplicado indebidamente la reserva del fallo condenatorio por lo que debe precisarse al respecto lo siguiente: ***a)*** Que según lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del título decimoctavo, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación. ***b)*** Que la inhabilitación que corresponde a los casos del artículo precitado, tiene la calidad de pena principal y conjunta, con un máximo de duración de tres años y con los alcances contenidos en el artículo treintiseis, inciso uno y dos. ***c)*** Que, como ya se ha señalado, la reserva del fallo condenatorio resulta aplicable solo cuando la pena conminada a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. ***d)*** Que, por consiguiente, para el caso en examen la pena conminada de inhabilitación, principal y conjunta, tiene un máximo de duración de tres años, por lo que la aplicación de la reserva del fallo condenatorio hecha por el Colegiado Superior es improcedente."

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

VISTOS; de conformidad con la señora Fiscal Supremo en su dictamen de fecha veintiocho de febrero del dos mil cinco; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, es materia de grado vía recurso de nulidad interpuesto por la procesada Fernanda Luzmila Cóndor Robles, la sentencia de fecha dos de julio del dos mil cuatro, que reserva el fallo condenatorio en la instrucción que se le siguió por delito contra la administración pública –peculado culposo- en agravio del Estado Hospital de Apoyo de Junín.

SEGUNDO: Que, la responsabilidad penal de la procesada Cóndor Robles, en la comisión del delito de peculado culposo que se le atribuye, se encuentra acreditada en autos con indicios razonables de que ésta conocía la posibilidad latente de que cualquier persona pudiera acceder a la gaveta de la cual se sustrajo la suma de tres mil cuatrocientos veinticuatro nuevos soles con veinte céntimos, cuya custodia le competía; fundamentándose su responsabilidad en la comisión de este delito imprudente precisamente en el hecho de no haber brindado la seguridad pertinente del dinero que percibía en el día, en su calidad de responsable de Caja del Hospital de Apoyo de Junín, pese a conocer el riesgo de que terceras personas accedieran a dicho dinero. Encontrándose este conocimiento acreditado con las declaraciones de Donato Tito Payano Tinoco (fojas veintidós), Coco Chuco Crosco (fojas doscientos cinco) y Jorge Surichaqui Marcelo (fojas doscientos diecisiete); así como de la declaración de la propia procesada durante la instrucción (fojas ciento noventa y ocho) y el contradictorio (fojas trescientos quince y siguientes).

TERCERO: Que, establecida la responsabilidad penal de Fernanda Luzmila Cóndor Robles, corresponde determinar si la reserva del fallo condenatorio con la cual ha sido beneficiada se encuentra arreglada a ley.

CUARTO: Que, el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal sanciona al delito incriminado a la procesada, peculado culposo, con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Imponiéndosele también, de acuerdo al artículo cuatrocientos veintiséis de la norma sustantiva, pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme el artículo treinta y seis incisos uno y dos del mismo cuerpo legal.

QUINTO: Que, así expuesto se aprecia en autos que el delito contra la administración pública –peculado culposo- es sancionado con dos conjugaciones de penas principales y conjuntas: i) Pena privativa de libertad e inhabilitación, ii) Servicio comunitario e inhabilitación.

SEXTO: Que, por otro lado, la reserva del fallo condenatorio es una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, de uso facultativo por el Juez,

caracterizada por reservar la imposición de la condenada y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable.

SETIMO: Que, el artículo sesenta y dos del Código Penal establece que la reserva del fallo condenatorio, se dispondrá cuando: i) El delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa. ii) La pena a imponerse no supere las noventas jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. iii) La pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. Así pues, el legislador ha establecido taxativamente los supuestos por los cuales favorece al procesado con la reserva del fallo condenatorio.

OCTAVO: Que, en el caso del delito de peculado culposo, se aprecia que el mismo en sus dos probabilidades de sanción, descritas en el considerando quinto, presenta un extremo dentro de los rangos del artículo sesenta y dos del Código Penal (pena privativa de la libertad y servicio comunitario), y otro, que excede este rango (inhabilitación).

NOVENO: Que, ante esta coyuntura es del caso señalar que sin duda una de las penas más graves que establece nuestro ordenamiento legal es la pena privativa de la libertad, la misma que para el delito bajo comento (peculado culposo) el legislador consideró adecuado y razonable que no excediera el término de dos años; de esta forma y dada la relevancia de la pena privativa de la libertad, esta sirve como parámetro de las demás penas, lo cual en aplicación del principio de proporcionalidad significa que éstas no pueden superar los efectos negativos de la mencionada, encontrándose entre estos efectos la prolongación de la sanción.

4. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

47

§47. Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación

Recurso de nulidad	104-2005-AYACUCHO
Fecha	20 de abril de 2006
Procedencia	Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 74° y 75° del CP.

RESUMEN:

*La **medida de internación*** sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. En su duración ***no puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado de haber sido una persona imputable.***

FUNDAMENTOS:

"**OCTAVO:** Que, por otro lado teniendo en cuenta que la Corte Suprema tiene facultad casatoria conforme lo reconoce el artículo ciento cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Suprema debe establecer las siguientes precisiones: ***a)*** Que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves. Por tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en

la libertad de las personas. Por lo demás, como señala Claux Roxin "...el fin de la pena y las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamentalmente preventiva es la misma" (Claus Roxin. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, mil novecientos noventa y siete). ***b)*** Que, en consecuencia, tratándose de una sanción la medida de internación sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. ***c)*** Que la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, conforme lo establece el artículo setenta y cinco ab initio, en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable. ***d)*** Que además, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra."

5. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

48

§48. Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004

Acuerdo Plenario Extraordinario	3-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arena, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 83º, 84º y 96º del CP.; 339º.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	11° al 17° y 19°.

RESUMEN:

El Acuerdo Plenario Nº 1-2010 analizó la naturaleza del artículo 339º.1 del Código Procesal Penal de 2004, decretando que dicha norma debería interpretarse en el sentido de que su principal efecto sería la ***suspensión de la prescripción de la acción penal a raíz de la formalización de la investigación, y no así la interrupción de la misma.*** *Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional se mantuvo reacio en interpretar tal norma de manera diferente, por lo que se hace la explicación pertinente partiendo de un análisis desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista comparado.*

Partiendo del Derecho comparado, es evidente que el artículo 339º.1 ha recibido influencia directa de la reforma procesal penal chilena. En efecto, el artículo

223º del Código Procesal Penal de Chile regula la institución de la suspensión de la prescripción acción penal, y toda vez que el artículo 339º.1 de nuestra legislación procesal se basa en el 223º del Código Procesal Penal chileno, se desprende –desde una visión comparada- el respaldo a la posición del Acuerdo Plenario Nº 1-2010. En lo que respecta a su evolución histórica, la interpretación del artículo 339º.1 en el sentido de regulación de la suspensión de la prescripción de la acción penal a causa de la formalización de la investigación; encuentra total apoyo en los artículos 121º y 122º del Código Penal de 1924. En ese sentido, al no existir en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal, es que se ratifica la solidez hermenéutica del Acuerdo Plenario Nº 1-2010.

FUNDAMENTOS:

"El Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria:

6º. El Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339º inciso 1 "La formalización de la investigación suspenderá el cargo de la prescripción de la acción penal" declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: "La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

7º. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente Nº 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de

Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¡Suspensión o interrupción de la acción penal? En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339° y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010:

8°. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es pelan y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que "La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal". Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur, los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: "Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él". Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el

autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena vigencia técnica y práctica.

La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos:

9°. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el SEGUNDO de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo in fine la primera de dichas normas: "Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior". Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Las relaciones intersistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional:

10°. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en

el artículo 83° del Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de la suspensión de la prescripción de la acción penal que puedan operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieran deducido".

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antonimia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004:

11°. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional.

Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art.83°), de agosto de 1985 (Art.89°) y de abril de 1986 (Art.88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible".

49

§49. Nuevos alcances de la prescripción con referencia a la intervención del extraneus

Acuerdo Plenario	2-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Lecaros Cornejo y Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 26° y 80° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	16° al 19°

RESUMEN:

El autor de un delito contra la Administración Pública no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel ***funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto*** *sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor,* ***con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica****, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde.*

En este sentido es que el artículo 80° del Código Penal regula que ***el plazo de prescripción se duplica en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.*** *Tal como indica el Acuerdo Plenario 1-2010, esta decisión legislativa se basa en la mayor valoración del acto ilícito al tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y a causa de la inobservancia del deber de fidelidad del*

funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa.

*Sin embargo, **la medida no puede extenderse para el extraneus**. Los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor. El extraneus no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal*

FUNDAMENTOS:

"Determinación del problema:

6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" contenida en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo del mismo cuerpo legal.

7°. No obstante, la participación de los extraneus en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el extraneus.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intraneus) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros –autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos –partícipes-.

8°. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto del delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del extraneus en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

Análisis dogmático:

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13°. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80° CP, y aplicables a los "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos -extraneus- que no ostentan el deber especial.

14°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: "la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se

colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas".

15°. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16°. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el extraneus.

17°. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intranei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88° CP que estatuye "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible".

18°. En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor.

19°. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el extraneus no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal." (Sic).

50

§50. Prescripción: problemas actuales

Acuerdo Plenario	1-2010/CJ-116.
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Lecaros Cornejo, Barrios Alvarado y Calderón Castillo.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 83º, 86º y 440º.5 del CP.; 339º del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 32°

RESUMEN:

La prescripción en el derecho sustantivo se define como el ***límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado****. Se entiende así que es una autolimitación al poder punitivo del Estado.*

En los casos de los ***delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos*** *contra el patrimonio del Estado,* ***el plazo de prescripción se duplica*** *por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. Se justifica en la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, por lo que es necesario que exista una vinculación directa entre estos.*

La prescripción en los casos de delitos sancionados con penas principales de multa o de prestación de servicios comunitarios será, de manera ordinaria, de un año. Si bien el art. 440º.5 del CP no indica el plazo extraordinario de la prescripción en dichas situaciones, en base a una interpretación sistemática del art. 83º CP, se tiene que en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

Finalmente, el art. 339º.1 del NCPP regula expresamente una suspensión "sui generis", diferente a la regulada en el art. 84º CP, en tanto afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal suspende el curso de la prescripción de la acción penal; lo cual significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado -pena abstracta-. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria -de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público- y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción -a su pretensión punitiva- y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible -prescripción de la pena-.

6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

Planteamiento de los problemas:

9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10°. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

Desarrollo del primer tema:

12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú -*"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos"*-. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad

del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo* del mismo cuerpo legal, *"Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"*, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto

establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17°. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

a. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

b. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

c. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18°. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

Desarrollo del segundo tema:

19°. El Libro TERCERO del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años".

20°. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: *"Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro PRIMERO (...)"*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21°. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo

83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22°. Ahora bien, el artículo 440°, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46° B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *"Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas"*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido. el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440°.

Desarrollo del tercer tema:

23°. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que "*la Formalización de la Investigación Preparatoria*

suspende el curso de la prescripción de la acción penal". Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24°. La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "*sui generis*", diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal

efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28°. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29°. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada -el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso- para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30°. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del

debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como "la Formalización de la Investigación Preparatoria" es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad -relevante jurídicamente- cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal -propio de un sistema acusatorio- y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la "suspensión de la prescripción" se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso,

promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] -*"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"*-. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria -Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado- para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas -se materializa por medio de una audiencia de control de plazos-. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías -y reglado en el sistema procesal penal- en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales

regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite."

51

§51. La prescripción de la acción penal en el art. 46º-A y el art. 49ª del Código Penal

Acuerdo Plenario	8-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46º-A, 49º y 80º del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

*Para efectos de determinar la **prescripción de la acción penal** nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito, por lo que su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo concreto; a diferencia de lo que ocurre en la determinación de la **pena concreta, la cual se da en un estadio posterior y final**, para la que se considerará las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, siempre que por sí mismas no constituyan un delito (un injusto).*

La circunstancia prevista en el artículo 46º-A CP es una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Es por ello que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

FUNDAMENTOS:

"Los artículos 46° -A y 49° CP:

6°. El artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público-. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP –35 años–.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta – concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena–. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP–, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto

haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público– y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad–, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

7°. El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito "continuado". Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el "delito masa". En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PEÑA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un

titular a otro" [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Obra citada*, página 689]

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada "pena de arranque" será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una "subespecie del delito continuado" [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una "unidad" sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

A. la realización de un delito continuado; y,

B. pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que "resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Se estima como tales a la vida y la salud individual (VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, página 144).

De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La Determinación Judicial de la Pena:

8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta-. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las "circunstancias" que concurren en el caso concreto.

9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General,* Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. Entre las clases de circunstancias, encontramos:

A. Las "circunstancias comunes o genéricas", que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46° y el artículo 46°-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal.

En el caso específico del artículo 46º - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.

B. Las "circunstancias especiales o específicas" que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189º CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186º que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297º que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el *"delito masa"* -regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49º del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,

C. Las circunstancias denominadas "elementos típicos accidentales", son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

La prescripción de la acción penal:

10°. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal 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. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual "*...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*" -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá

de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

11°. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción "*...fijado por la ley para el delito*" [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta

este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas-.

La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [PATRICIA S. ZIFFER. En: *Determinación judicial de la pena,* (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas "circunstancias" (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12°. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

13°. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa-. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto." (Sic.)

52

§52. Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia

Acuerdo Plenario	6-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 84° del CP. y 297° del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 10°

RESUMEN:

*La interposición del **recurso de queja** da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional vulneró la Constitución. Por su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja*

Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los proce dimientos que suspenden la prescripción de la acción penal.

FUNDAMENTOS:

"6°. El Título V "Extinción de la acción penal y de la pena" del Libro primero "Parte General" del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84° del citado Código: *"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 aquél quede concluido"*. La citada disposición legal, así expuesta, exige como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, ***en primer lugar***, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, ***en segundo lugar***, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

7°. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios –vía recurso de nulidad- pasa por el filtro del ***recurso de queja excepcional*** conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal Ad Quem. El mencionado recurso será estimado siempre que "...se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas".

Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Éste se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

8°. El primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción –indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia,

puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito –en concreto, el Tribunal Ad Quem- vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso.

9°. El segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción –precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.

10°. Por tanto, "***la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.***"

53

§53. Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad

Acuerdo Plenario	9-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 82° y 83º del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 10°

RESUMEN:

*Cuando se trate de **delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario** de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el **plazo extraordinario** de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando **la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua,** el **plazo ordinario** de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el **plazo extraordinario** de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.*

FUNDAMENTOS:

"6°. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83º in fine hace referencia al plazo extraordinario.

7°. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando "el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción". Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

8°. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9°. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.

10°. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años."

54

§54. La formalización de la investigación frente a la prescripción de la acción penal

Casación	383-2012-LA LIBERTAD
Fecha	15 de octubre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 182° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

La suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, tal como lo ha establecido el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

FUNDAMENTOS:

4.8. Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una

prohibitiva (no contaminar), a pesar que suscribió un contrato, donde a su firma asumió voluntariamente el compromiso de implementar el Plan de pasivos ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental; por tanto, el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a través de los efluentes acuíferos al río Sayapullo -conforme lo señala la Disposición fiscal número siete, de fojas uno, en el que precisa que el Informe número cero cero cinco punto diez oblicua DESA oblicua DEPA oblicua JFDC, concluye que las muestras tomadas en la inspección del Cerro Sayapullo superan el estándar de calidad ambiental de agua, establecido por el Decreto Supremo número cero dos guión dos mil ocho guión MINAM punto RJ punto cero doscientos dos guión dos mil diez guión ANA y del Informe Pericial de Ingeniería Forense número ITQ cero setenta y tres guión diez, emitido por el Laboratorio Regional de Criminalística III DIRTEPOL de la Policía Nacional del Perú-. En ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación (Véase: GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos ochenta y cuatro, página ciento setenta y cuatro). En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere, de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Véase: BORJA JIMÉNEZ, E. La terminación del delito, ADPCP. Fascículo I, 1995, página ciento uno), pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del Plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta

atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que **es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro, del artículo ochenta y dos del Código Penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es "a partir del día en que cesó la permanencia"**, y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once - Ley General del Ambiente -dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes-, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad", por lo tanto el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, **al haberse formalizado la investigación -conforme se verifica de la Disposición fiscal, obrante a fojas uno-, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo -tal como lo establece el Acuerdo Plenario número tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis-**; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

4.11. Que, el representante del Ministerio Público cuestionó la resolución impugnada, al sostener que se atenta contra la autonomía del Ministerio Público, pues se está discrepando con la calificación jurídica realizada por éste; al respecto debemos indicar que no se está afectando el principio acusatorio o de contradicción, pues no se está variando la imputación fáctica realizada por el órgano fiscal; sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Juzgador de acuerdo a sus facultades reconocidas en la Constitución Política del Estado, su Ley Orgánica y dispositivos procesales, puede realizar una correcta adecuación de la conducta al

tipo penal, pues debe velar por el respeto del principio de legalidad en atención a que es un Juez de Garantía, por lo que ante el hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la errónea acusación -si ese fuera el caso-, así la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público en la acusación, puede ser modificada por el Juzgador en las resoluciones el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento o en una sentencia condenatoria, en virtud a la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten ciertos requisitos, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis, como es i) la homogeneidad del bien jurídico protegido, ii) no se plantee a efectos de introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, y iii) cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable para la defensa. Así mismo, no se estaría quebrantando el rol del Ministerio Público ni su autonomía, siendo que la formalización de denuncia realizada por este organismo constitucional autónomo, posee una estructura fáctica y jurídica, correspondiendo finalmente al Juzgador la adecuación de la conducta penal a la imputación fáctica, en atención además al principio iura novit curia, por el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, por lo tanto no se ha afectado en modo alguno el principio de correlación o congruencia procesal, principio acusatorio, el derecho de defensa y al principio de contradicción; por tanto no se está desconociendo la naturaleza de la imputación en el presente caso.

4.12. Finalmente, el titular de la acción penal cuestionó la resolución recurrida, al considerar que la Sala Superior de Apelaciones se apartó del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa; al respecto, debemos indicar que lo señalado por el Fiscal Superior es erróneo, toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. En efecto, dicho Acuerdo Plenario que luego fue aclarado mediante el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en su fundamento treinta y dos, ha dejado claramente establecido que "el plazo de suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado". Ello es acorde con los derechos fundamentales consagrados y reconocidos internacionalmente

en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor como son la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que un proceso penal no puede convertirse en interminable, como es el derecho de toda persona a ser procesada en un plazo razonable, que forma parte del Derecho Fundamental al debido proceso y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante subsecuentemente."

55

§55. Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria

Casación	347-2011-LIMA
Fecha	14 de mayo de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rozas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. 83° del CP y art. 339° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

No es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada.

Las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos.

FUNDAMENTOS:

IV. FUNDAMENTO DE DERECHO:

4.1. Del ámbito de casación:

Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de febrero de dos mil doce, admitió a trámite el recurso de casación, la causal de *indebida interpretación de la ley penal,* contenida en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invoca, admitidos por el Tribunal Superior, son:

Que la Sala Superior aplicó indebidamente el artículo ochenta y ocho del Código Penal, ya que dicha norma jurídica penal no era aplicable a los supuestos de hecho, toda vez que no señala que las actuaciones del Ministerio Público sean personales o individualizadas para que tengan el efecto de la interrupción de la prescripción, por el contrario dicha norma se orienta a que al amparo de una prescripción respecto de un autor o partícipe del hecho punible, no alcanza a los imputados si su situación no es similar. Por tanto, debió aplicarse el artículo ochenta y tres del Código Penal, pues se dio la interrupción de la acción penal con las actuaciones del Ministerio Público.

DEL MOTIVO CASACIONAL: INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

4.3. En principio, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal 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 la misma, encontrando su fundamento constitucional en el último párrafo del artículo cuarenta y uno como en e artículo ciento treinta y nueve, inciso trece de la Constitución.

4.4. Para ello, la ley penal (en el artículo ochenta del Código Penal), fija un periodo o plazo después del cual la acción penal no puede incoarse, el cual constituye un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad. A su vez, el artículo ochenta y dos del Código Penal, precisa que el plazo de prescripción de la acción penal comienza en el delito instantáneo a partir del día siguiente que se consumó. En el caso de autos, en

encausado Peña Arrunátegui, se encuentra procesado, por el delito de Colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el cual es considerado un delito instantáneo y tuvo lugar en el caso examinado el día veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuando el acusado recibió un pago de cien mil dólares, por concepto de honorarios profesionales .

4.5. Para el computo de la prescripción, se tiene que el delito de Colusión desleal, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de quince años, indicando el cómputo desde la fecha de consumación del delito, se tiene que el plazo de quince años equivalente al máximo de la pena legal aconteció indefectiblemente el veintidós de mayo de dos mil diez. No obstante, La Fiscalía comprendió recién en forma expresa al procesado Peña Arrunátegui, mediante la denuncia penal contra el encauzado Peña Arrunátegui el veinticinco de noviembre del dos mil diez, la cual fue recepcionada por el juzgado el nueve de enero de dos mil once, tal como se aprecia a fojas doscientos veintiuno, cuando 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, tal como lo exige el artículo trescientos treinta y seis, inciso uno del Código Procesal Penal.

4.6. A su vez, el artículo ochenta y tres del Código Penal, establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de la prescripción y comienza a computarse uno nuevo, operando en todo caso el plazo de la prescripción extraordinaria, las cuales son: a) Por las actuaciones del Ministerio Público. b) Por actuación de autoridades judiciales; y c) Por la comisión de un nuevo delito doloso. Para interpretar dicha norma, el Juez debe realizarla con sujeción a la Constitución Política del Estado, en forma restrictiva y respetando el principio de legalidad.

4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; **al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada**; pues aún cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público

tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

4.8. En consecuencia, **las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos**; por ello, el artículo ochenta y ocho del Código Penal, establece que los plazos de prescripción corren, se interrumpen o suspenden en forma para cada uno de los partícipes del hecho punible.

4.9. Por lo expuesto, habiéndose demostrado que el Ministerio Público comprendió en el presente proceso, recién en forma expresa y plena al procesado Peña Arrunátegui, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción ordinario de la acción penal, en razón al delito de Colusión desleal, objeto de imputación y no evidenciándose que haya operado la interrupción o suspensión del plazo de prescripción por alguna actuación realizada por el Fiscal o Juez, respecto de dicho encausado; por ende, el plazo rescriptorio para el procesado Peña Arrunátegui ha seguido corriendo en forma independiente de los demás procesados, configurándose así el plazo de prescripción ordinaria; por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que la interpretación desarrollada por la Sala Superior, que declaró fundada la excepción de prescripción, es acorde a derecho, pues resguardó los derechos fundamentales del procesado y realizó una correcta interpretación del artículo ochenta y ocho del Código Penal

56

§56. Inaplicabilidad de la institución de la prescripción penal en casos de violaciones de Derechos Humanos

Recurso de Nulidad	2117-2010/LIMA
Fecha	31 de enero del 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Tello Gillardi
Disposiciones estudiadas	Art. 82º y 83º del CP. y Ley Nº 27351

RESUMEN:

Que la CIDH no sólo ha determinado la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos -por todos, la SCIDH recaída en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del veintidós de septiembre de dos mil seis, párrafo cuarenta y cinco-. Entre estos supuestos se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -por todos, SCIDH recaída en el caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno-, y que constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional.

Lo grave de las violaciones de los derechos humanos, lo da el carácter de inderogables de los derechos humanos afectados. Ahora bien, fuera de los casos de "graves violaciones de los derechos humanos", tampoco es posible aceptar la figura de la prescripción cuando existiendo violaciones a los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos u otra norma, disposición, acuerdo o declaración internacional "...ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o mantener la impunidad".

Que, como la propia CIDH ha determinado reiteradamente, (I) el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los Jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección de los derechos humanos. Asimismo; que (II) corresponde a los Jueces velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean mermadas.

Es decir, que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas quinientos nueve alega lo siguiente: 1) Que al presente caso se aplica el artículo 4W-A del Código Penal, que crea un nuevo marco penal abstracto, cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado, por lo que si se toma en cuenta la fecha de referencia consignada por la Sala Superior: el dieciséis de septiembre de dos mil, a la fecha la acción penal no ha prescrito. 2) Que el delito de asociación ilícita para delinquir es permanente, por lo que el plazo de prescripción empieza a contarse desde la detención de las personas en flagrante delito o por mandato judicial, en consecuencia, no es de recibo tomar como fecha de referencia el dieciséis de septiembre de dos mil. 3) Que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Ivcher Bronstein contra Perú, del seis de febrero de dos mil uno, determinó que el Estado debía investigar los hechos quegeneraron las violaciones contra los derechos del afectado Ivcher Bronstein para identificar y sancionar a los responsables, en este caso, a los miembros de la organización criminal liderada por Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montésinos Torres, en cuya virtud son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretenda impedir el procesamiento y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos del citado afectado.

SEGUNDO. Que el abogado de la encausada Chávez Aragón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintiuno sostiene que su patrocinada nunca se personó al proceso, que no conoce del proceso abierto en su contra y que al quebrarse la audiencia con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos la causa se retrotrae: al inicio del proceso de enjuiciamiento, por lo que no cabe suspensión de la acción: penal y las reglas de la prescripción no pueden ser inaplicadas.

TERCERO. Que la defensa de la encausada Valladares Alarcón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintidós afirma que la resolución

impugnada no tiene carácter aclaratorio, ni tampoco se trata de un error en la consignación de nombres: De otro lado, el hecho de haberse interrumpido o quebrado la audiencia importa la nulidad de todas las decisiones que puedan perjudicar a los acusados.

CUARTO. Que la imputación, como base inicial, se sustenta en que en el aparato estatal se formó una organización criminal con múltiples ámbitos de acción ilícita. En cuanto al sistema de justicia, incorporó a una parte significativa del Poder Judicial y el Ministerio Público, de suerte que se estaba en capacidad de negociar con terceros el resultado de procesos jurisdiccionales a cambio de resultados de relevancia política o económica. Parte de esa organización la integraban los acusados -entre jueces y fiscales- Egas Contreras, Trujillo López, Escobar Lino, Martínez Candela, Valladares Alarcón, Salvatierra Valdivia y Chávez Aragón, quienes participaron en determinadas investigaciones y/o procesos jurisdiccionales, de su competencia, para adoptar decisiones o posiciones jurídicas previamente concertadas, directa o indirectamente, con el Servicio de Inteligencia bajo la conducción real o material de Vladimiro Montesinos Torres a favor del régimen de ese entonces.

La acusación de fojas treinta a trescientos once identifica los siguientes casos en que los imputados, individual o colectivamente –todos algunos-, intervinieron para torcer la justicia y decidir a favor de lo que la organización delictiva en cuestión estimaba favorable a sus intereses políticos o económicos [supuestos de corrupción de funcionario sistémica sobre la base de la influencia y penetración de la misma en el sistema de justicia]: 1. Caso Mufarech Nemy. 2. Caso Ivcher Bronstein. 3. Caso Gonzáles Izquierdo. 4. Caso interceptaciones telefónicas. 5. Caso libertad del hermano de Jackeline Beltrán. 6. Caso del atentado contra el departamento del congresista Fernando Olivera Vega. 7. Caso Luchetti.

En función a tales datos estructurales y hechos o conductas desarrolladas por los acusados se les acusó por los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y prevaricato. Así, a Escobar Lino y Trujillo López: asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y contra éste último también por prevaricato; a Valladares Alarcón y Salvatierra Valdivia: asociación ilícita para delinquir y corrupción de funcionario; y, a Egas Contreras y Chávez Aragón: asociación ilícita para delinquir.

QUINTO. Que, en principio, es de rigor precisar la fecha de comisión de los delitos acusados:

1. El delito de asociación ilícita para delinquir, en tanto delito autónomo y de carácter permanente, tiene, como es obvio, sus propias reglas y criterios de

imputación, sin desconocer la necesaria aplicación de las pautas del Derecho Penal General. En el presente caso, si se trata de una asociación ilícita generada desde el propio Estado para cumplir cometidos delictivos, la cesación de la permanencia de ésta (artículo 82° apartado 4 del Código Penal) estará ligada no sólo al hecho -puramente formal- de la publicación de la Ley que desactivó al Servicio de Inteligencia Nacional -Ley número 27351, del once de octubre de dos mil- o del reemplazo del régimen en cuyo ámbito se creó, estabilizó, actuó y desarrolló -surgimiento del nuevo Ejecutivo dirigido por el Presidente Paniagua Corazao-, sino desde el momento en que, luego de identificarse a sus posibles integrantes, descubrirse su <*modus operandi*> y detectarse las conductas punibles alrededor de las cuales actuaron -conjunto unitario de sucesos históricos reconducibles a figuras típicas-, se procedió a concretar investigaciones específicas que dieron curso a la promoción de la acción penal. En este caso: el diez de abril de dos mil dos, fecha de la Resolución de Fiscalía de la Nación número quinientos noventa y seis guión dos mil dos guión MP guión FN, que luego de las investigaciones correspondientes declaró fundada la denuncia del Procurador Público Ad Hoc y dispuso se remitan las actuaciones a los Fiscales correspondientes para la promoción de la acción penal respectiva.

Cabe precisar que si bien en fecha anterior cayó el régimen a partir del cual se configuró y actuó la asociación ilícita en cuestión, ésta tiene su propia dinámica y posibilidades de reestructuración, de suerte que en este ámbito tan difuso sólo puede ser relevante, en clave material, aquel momento en el cual se produjo la desarticulación efectiva -y no aparentemente formal- de la misma, no necesariamente con un mandato de detención judicial o un procesamiento penal, sino cuando esclarecidos determinados actos penalmente relevantes -que importen lo anotado líneas arriba- se procede a su persecución procesal, lo que importa es que se concreten actos de investigación que permitan concluir razonablemente que la organización delictiva fue desarticulada, que ya no podía operar.

2. delito de prevaricato se concreta d consuma con la efectiva emisión de decisiones de Jueces y Fiscales contrarias al texto expreso y claro de la ley o citan pruebas inexistentes o hechos' falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas. Al encausado Trujillo López se le atribuye este delito, cometido en el curso del año dos mil. "

Por consiguiente, el *dies a quo,* en tanto el tipo legal de prevaricato es un cielito instantáneo, se consumó esa fecha, a partir de la cual (artículo 82° apartado 2 del Código Penal) corre el término de la prescripción conforme a las reglas de los artículos ·80° y .83' del Código Penal.

SEXTO. Que ,el auto recurrido se ha sustentado exclusivamente en las normas y jurisprudencia de derecho interno -Código Penal y sus modificatorias, Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional-, sin atender a las consecuencias que prevé el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en adelante, DIDH-: Esto último es determinante porque uno de los supuestos de, intervención delictiva atribuido a los 'imputados es el denominado "Caso Ivcher 'Bronstein"; respecto del cual existe una sentencia y varias resoluciones de ejecución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, la CIDH-.

En este ,caso, la CIDH declaró que se violaron diversos derechos fundamentales, reconocidos en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, tales como: derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad privada y a la libertad de expresión del afectado Baruch Ivcher Bronstein; y, entre otros puntos, dispuso que *"...el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas"* [SCIDH del seis de febrero de dos mil uno]. Asimismo, puntualizó que *"...si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad (...)"* [RCIDH del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve y veintisiete de agosto de dos mil diez].

En las resoluciones de supervisión se parte del principio de que la sentencia de fondo de la CIDH debe ser cumplida, y que a ello no obsta, conforme al Derecho Internacional, circunstancias de orden interno; una de ellas es, por cierto, el instituto de la prescripción.

SÉPTIMO. Que la CIDH no sólo ha determinado la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos -por todos, la SCIDH recaída en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del veintidós de septiembre de dos mil seis, párrafo cuarenta y cinco-. Entre estos supuestos se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -por todos, SCIDH recaída en el caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno-, y que constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional (RENATA BUERON VALENZUELA: Graves violaciones a los Derechos Humanos

y al Derecho Internacional Humanitario. ¿Por qué ante una instancia jurisdiccional internacional? Corte Suprema de Justicia de la Nación. México. Dos mil siete. Página doce). Lo grave de las violaciones de los derechos humanos, lo da el carácter de inderogables de los derechos humanos afectados. Ahora bien, fuera de los casos de "graves violaciones de los derechos humanos", tampoco es posible aceptar la figura de la prescripción cuando existiendo violaciones a los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos u otra norma, disposición, acuerdo o declaración internacional *"...ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o mantener la impunidad"* (RCIDH de Supervisión caso Loayza Tamayo vs. Perú, del uno de julio de dos mil once, párrafo cuarenta; y, RCIDH de Supervisión caso Ivcher Bronstein vs. Perú, del veintisiete de agosto de dos mil diez, párrafo trece).

La impunidad ha de entenderse corno la *"falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena a los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"* (por todas, SCIDH recaída en el caso Bulacio vs. Argentina, del veintiocho de septiembre de dos mil tres, párrafo ciento veinte).

OCTAVO. Que es obvio que no es posible calificar los hechos acusados como "graves violaciones de los derechos humanos". Sin embargo, también es verdad que se trata de conductas, hechos, supuestos casos patentes o evidentes de violaciones de los derechos humanos, en especial, a la protección judicial y a las garantías judiciales -sin perjuicio a otros derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.

Las afectaciones a los derechos de Baruch Ivcher Bronstein -tema decidido por la CIDH- tienen un mismo patrón con los casos objeto del juicio: intervención de una organización delictiva, instituida dentro del aparato estatal y con la adscripción de determinados Jueces y Fiscales, para que *(i)* manipulen la justicia, *(ii)* afecten los derechos de los ofendidos y *(iii)* se logren decisiones favorables a los intereses políticos del régimen de turno o económicos -dé claro carácter criminal- de quienes la integraban y/o dirigían.

Tal conexidad e ínsita gravedad permite *(i)* abordar bajo el mismo prisma todas las intervenciones que, al amparo de la citada organización delictiva, realizaban sus integrantes, en concreto los hechos y delitos acusadas; y, *(ii)* concluir que lo que habrían realizado los imputados -según la acusación fiscal- obedecía a un propósito

64

§64. Tercero civilmente responsable

Recurso de nulidad	705-2018-HUANCAVELICA
Fecha	17 de mayo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 99 del CP

RESUMEN:

Es de aplicación al presente caso el artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM, que establece la solidaridad de las obligaciones y responsabilidades entre el titular del derecho minero y el tercero que ejecute o conduzca trabajos propios para la explotación de la concesión minera. Cabe puntualizar que la empresa Contratista Minera Geodrilling fue contratada precisamente para realizar trabajos de explotación en la concesión minera de la Compañía Minas Buenaventura; luego, como los hechos están vinculados a la actividad de explotación de la empresa Contratista Minera Geodrilling que realizaba para Compañía Minas Buenaventura, por imperio de dicha disposición legal, se impone la solidaridad en la responsabilidad en que incurrió la primera por parte de la segunda. El precepto citado es especial. Se circunscribe a la actividad minera y, específicamente, a trabajos propios para la explotación de la concesión minera que realizan terceros por cuenta del titular del derecho minero.

FUNDAMENTOS:

1. De la pretensión impugnativa del tercero civil

PRIMERO. Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso de nulidad porque se declaró fundado el recurso de queja excepcional que promovió, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil trescientos cinco, de dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

SEGUNDO. Que la Compañía Minas Buenaventura, tercero civil responsable, en su recurso formalizado de fojas mil ciento cuarenta y siete, de diez de mayo de dos mil dieciséis, instó se reforme la sentencia de vista y se revoque la sentencia de primera instancia excluyéndola del pago de la reparación civil. Alegó que se aplicó e interpretó erróneamente el artículo 95 del Código Penal, el artículo 9 de la Ley 29245 y el artículo 25 de la Ley número 27626, así como una sentencia casatoria y una sentencia constitucional; que quien expuso en peligro la vida del agraviado Abrigo Luque fue la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL; que Minas Buenaventura celebró un contrato de servicios de tercerización de perforación de diamantina con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL, empresa que a su vez contrató al agraviado; que, por tanto, es ajena a lo sucedido con este último pues el agraviado era subordinado de la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL; que las normas invocadas no son aplicables al presente caso por no referirse a accidentes laborales.

2. De los hechos objeto del proceso

TERCERO. Que la empresa Geodrilling EIRL celebró un contrato de trabajo sujeto a modalidad por obra o servicio específico con el agraviado Abrigo Luque, en cuya virtud realizaría labores de chofer y ayudante de los trabajados de perforación de diamantina en la unidad de producción Julcani desde el uno de marzo de dos mil diez hasta el treinta y uno de mayo de dos mil diez. Es del caso que el día treinta de mayo de dos mil diez, el supervisor de la empresa Greodrilling, Sabino Oswaldo Alfaro Luque, ordenó al agraviado Abrigo Luque que ese día a las cuatro horas con treinta minutos conduzca la camioneta de placa de rodaje PDQ guión doscientos cuarenta y tres, de la localidad de Ccochaccsa hacia el Campamento de Julcani a fin de recoger trabajadores mineros –el agraviado había laborado el día anterior desde las siete de la mañana hasta las siete de la noche y había participado en una reunión costumbrista–, pero cuando se encontraba a un kilómetro del Campamento, por el cansancio, se quedó dormido

y perdió el control de la camioneta en una curva, se despistó hacia un barranco y se cayó a un desnivel de doscientos cincuenta metros, a consecuencia de lo cual perdió la vida. El agraviado, incluso, no tenía licencia de conducir categoría A-III –requisito necesario para ser chofer dentro de las actividades mineras–. Como la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL había suscrito un contrato de perforación Diamantina, el cuatro de julio de dos mil ocho, con la Compañía Minas Buenaventura, los órganos judiciales de mérito estimaron que tenía responsabilidad civil por esos hechos. Se le atribuyó responsabilidad civil indirecta y el pago solidario de la reparación civil conjuntamente con el responsable directo Alfaro Luque y el responsable indirecto empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL.

3. De la absolución del grado

CUARTO. Que el contrato de trabajo del agraviado Abrigo Luque lo vinculó con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL. Es de fecha cinco de marzo de dos mil diez y rigió hasta el treinta y uno de mayo de dos mil diez. Sus funciones en dicha empresa eran de chofer y ayudante en trabajos de perforación diamantina en la Unidad de Producción Julcani. Así consta a fojas ciento seis. La dependencia laboral, por consiguiente, se circunscribía con dicha empresa y, en esos marcos, es que se produjo el accidente de tránsito, como consecuencia de unas tareas de conducción inapropiadas según el momento y las circunstancias previas de ejercicio laboral del agraviado.

QUINTO. Que las relaciones entre la Compañía Minas Buenaventura y la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL se enmarcaron en el contrato de fojas setecientos sesenta y siete, de catorce de julio de dos mil once, de suerte que la primera contrató a la segunda para que efectúe un programa de perforación diamantina en superficie. Estos servicios los realizaría Contratista Minera Geodrilling EIRL sin relación de dependencia ni subordinación con la Compañía Minas Buenaventura, y excluía –según sus términos– cualquier tipo de responsabilidad como consecuencia de accidentes o enfermedades que pudieran suceder a sus trabajadores.

Por estos hechos OSINERMING sancionó a ambas empresas con una multa solidaria de treinta Unidades Impositivas Tributarias – UIT (deficiencia de liderazgo y supervisión inadecuada), tal como consta de la resolución administrativa de fojas ciento dos, de veinte de enero de dos mil once, confirmada por resolución del Tribunal de Apelaciones de fojas ochocientos cuarenta y seis, de cinco de abril de dos mil once.

SEXTO. Que para ser considerado tercero civil responsable de un hecho delictivo que causó daño a una persona se requiere: a) que el responsable directo esté en una relación de dependencia –éste no ha debido actuar según su propio arbitrio, sino sometido, aunque sea potencialmente, a la dirección y posible intervención del tercero–; y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente –en este caso, por el imputado Alfaro Luque– en el desempeño de sus obligaciones y servicios.

Alfaro Luque, como quedó expuesto, prestaba servicios para Contratista Minera Geodrilling EIRL, la cual fue condenada solidariamente con el primero al pago de la respectiva reparación civil, conforme está dispuesto por el artículo 1981 del Código Civil. Ahora bien, la extensión de la solidaridad requiere, según está prescripto por el artículo 1183 del Código Civil, que la ley o el título de obligación lo establezcan expresamente –principio de no presunción de la solidaridad, en cuya virtud jamás la solidaridad puede ser la regla del ordenamiento jurídico–.

SÉPTIMO. Que en el presente caso el Tribunal Superior invocó como fundamento legal los artículos 24 y 25 de la Ley número 27626, de nueve de enero de dos mil dos, y el artículo 9 de la Ley número 29245, de veinticuatro de junio de dos mil ocho.

1. La primera Ley, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, está referida a la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, circunscripta a la relación entre las empresas de servicios cuyo objetivo exclusivo sea la prestación de servicios de intermediación laboral, en los supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización, de suerte que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa (artículos 1 al 3). Solo en estos casos, rezan los citados artículos 24 y 25 de dicha Ley, se impone una responsabilidad solidaria, y respecto del pago de los adeudos por las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria por la empresa de prestación de servicios de intermediación laboral.

2. La relación jurídica entre la Compañía Minas Buenaventura y la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL no era de intermediación laboral –no hubo un destaque de trabajadores de la empresa usuaria por la empresa de prestación de servicios de intermediación laboral–, sino de tercerización, regida por la Ley número 29245. La Compañía Minas Buenaventura, conforme al artículo 2 de la citada Ley, contrató a la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL para que desarrolle una concreta actividad especializada: programa de perforación

diamantina en superficie, bajo su propia cuenta y riesgo y con sus propios recursos –no consistió solo en la provisión de personal–, fue un contrato de obra en los marcos del artículo 3 de esta Ley. Según el artículo 9 de la Ley la empresa principal –en este caso, Compañía Minas Buenaventura– solo es solidariamente responsable solo por el pago de los derechos y beneficios laborales de los trabajadores y por las obligaciones de seguridad social devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado.

3. En este caso, el suceso generador del daño no es una falta de pago por beneficios laborales o por las obligaciones de seguridad social del trabajador agraviado (derechos laborales y/o previsionales). Se trató de un accidente de tránsito y, además, un accidente de trabajo que este último realizó en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato individual de trabajo que tenía con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL.

4. Las sentencias casatoria 10759-2014 y constitucional 4624-2010-PA/TC no son pertinentes. Su invocación resultó indebida. La última sentencia interpretó los alcances de los artículos 24 y 25 de la Ley número 27626 –que, como se señaló, no comprende hechos como el que sucedió en esta causa–. La sentencia casatoria se refiere, igualmente, a derechos laborales; no, por cierto, a la comisión de delitos por parte del supervisor de la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL como consecuencia de la realización de tareas por el trabajador agraviado en el marco de sus obligaciones laborales en la empresa –que no era, desde luego, la Compañía Minas Buenaventura–.

5. Tampoco es aplicable la legislación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley número 29783, de veinte de agosto de dos mil once, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número 005-2012-TR, de veinticuatro de abril de dos mil doce), dado que el artículo 68 de dicha Ley circunscribe la responsabilidad de la empresa principal a las actividades que se realicen en sus instalaciones por los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores. La muerte del trabajador agraviado se produjo fuera de las instalaciones de la empresa principal Compañía Minas Buenaventura.

OCTAVO. Que, sin embargo, es de aplicación al presente caso el artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM, de tres de junio de mil novecientos noventa y tres, que establece la solidaridad de las obligaciones y responsabilidades entre el titular del derecho minero y el tercero que ejecute o conduzca trabajos propios para la explotación de la concesión minera. Cabe puntualizar que la empresa Contratista

Minera Geodrilling fue contratada precisamente para realizar trabajos de explotación en la concesión minera de la Compañía Minas Buenaventura; luego, como los hechos están vinculados a la actividad de explotación minera –cuya finalidad última es extraer minerales de un yacimiento para disponer de ellos con fines industriales o utilitarios– de la empresa Contratista Minera Geodrilling que realizaba para Compañía Minas Buenaventura, por imperio de dicha disposición legal, se impone la solidaridad en la responsabilidad en que incurrió la primera por parte de la segunda.

El precepto citado es especial. Se circunscribe a la actividad minera y, específicamente, a trabajos propios para la explotación de la concesión minera que realizan terceros por cuenta del titular del derecho minero.

El recurso defensivo debe desestimarse.

65

§65. Tercero civilmente responsable

Casación	547-2016-CUSCO
Fecha	10 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 95 y 99 del CP.

RESUMEN:

El artículo noventa y cinco del Código Penal impone la responsabilidad civil solidaria de quien no ha sido responsable directo del delito (autor). La identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino, normativa; el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil regula los presupuestos para la responsabilidad civil solidaria, los mismos que no se cumplen en el presente caso.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Por escrito del uno de setiembre de dos mil diez (folio 3 del cuaderno de tercero civilmente responsable), el agraviado Simón Castelo Zavala solicitó al juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Canchis, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que la Comunidad Campesina de Quisini sea incorporada al proceso en calidad de tercero civilmente responsable, a fin de que responda solidariamente con los procesados (hoy sentenciados) en lo que corresponde a la reparación civil, al sostener que el presidente de la Comunidad, Cipriano Chura Huamán, conjuntamente con otros encabezaron actos de saqueo, robo y destrucción en los terrenos y bienes de su propiedad; solicitud que dio

mérito a la resolución del nueve de setiembre de dos mil diez (folio 10 del cuaderno de tercero civilmente responsable), que dispuso la realización de una audiencia[17]; asimismo, se registra en autos un cargo de aviso judicial y otro de notificación, ambos dirigidos a la Comunidad Campesina de Quisini (folio 18 del cuaderno de tercero civilmente responsable), a través del cual se dejó constancia de lo siguiente: "Al destinatario se le visitó en dos oportunidades; no se encontró en su domicilio", se dejó por debajo de la puerta.

SEGUNDO. Mediante resolución del primero de octubre de dos mil diez, expedido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Canchis-Sicuani, de la Corte Superior de Justicia de Cusco (folio 23 del cuaderno del tercero civilmente responsable), se resolvió incorporar a la Comunidad Campesina de Quisini como tercero civilmente responsable, a efectos de garantizar no solo la posibilidad de una reparación del daño a favor de los agraviados, sino también su defensa que oportunamente pudiera asumir[18].

TERCERO. La Comunidad Campesina de Quisini, representada por Pedro Meza Qquellcca, conforme se acredita de la Partida Electrónica N.° 02009108 de la Inscripción de Comunidades Campesinas y Nativas en el Rubro de Directiva Comunal, Asiento C00018 (folios 365 y 36 del cuaderno de tercero civilmente responsable), dedujo la nulidad de acto procesal contra la precitada decisión (resolución del primero de octubre de dos mil diez) que la incorporó como tercero civilmente responsable, la misma que fue desestimada por resolución

---

[17] Dispuso lo siguiente: "[...] Cítese para el 20 de setiembre de 2010, a las 02:30 de la tarde, para la **realización de la audiencia pública de tercero civilmente responsable**, a llevarse a cabo en la Sala de Audiencias del Juzgado de Investigación Preparatoria de Canchis, con la presencia obligatoria del fiscal, el recurrente y su abogado, bajo apercibimiento en caso de inconcurrencia de la parte peticionante de declarar inadmisible su pedido y archivar el cuaderno; se precisó que: 1) El representante del Ministerio Público deberá concurrir a la audiencia con la carpeta fiscal. 2) El desarrollo íntegro de la audiencia será grabado en audio. 3) La resolución dictada oralmente en la audiencia **se entenderá notificada a las partes asistentes y también a quienes hayan sido citados aunque no hayan concurrido**, como lo dispone el artículo 16, incisos 2 y 3, del Reglamento de Notificaciones, citaciones y comunicaciones bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa N.° 096-2006-CE-PJ [...]".

[18] Como fundamentos señaló lo siguiente: En cuanto a la definición del tercero civilmente responsable, el artículo 111 del Código Penal prescribe que las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal. En el presente caso, se tiene a la persona jurídica Comunidad Campesina; y, además, a las personas naturales involucradas en la comisión de delitos que son investigados. Por los fundamentos de la defensa y el representante del Ministerio Público, además al no haberse opuesto la comunidad a este requerimiento, para que se le incorpore como tercero civilmente responsable y a su vez para garantizar las propias consecuencias de la investigación que este trámite pudiera afectar a la propia comunidad campesina, se le incorpora como tercero civilmente responsable.

del treinta y uno de marzo de dos mil once, al declararla infundada (folio 80 del citado cuaderno); situación que también ocurrió con los recursos de apelación, queja y reposición (conforme se verifica en las resoluciones obrantes a folios 89, 101 y 108, respectivamente, también del precitado cuaderno).

CUARTO. Del análisis de los fundamentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia del veintiocho de agosto de dos mil quince (folio 2056), expedida por el Primer Juzgado Colegiado-Sede Sicuani, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, con relación al tercero civilmente responsable, en el ítem valoración individual de las pruebas documentales (folios 27 y siguientes de la precitada sentencia), se advierte una serie de instrumentales que dejan constancia de los daños que se generaron contra los bienes del agraviado Simón Castelo Zavala[19]; además, se registra a folio 1486 la pericia realizada por el perito Hugo Gonzales de la Vega[20], quien también dejó constancia de la destrucción de los predios del agraviado.

---

[19] Como son: 1) panex fotográfico, folios 8-16; 2) acta de constatación policial (folio 78); 3) paneux fotográfico (folio 130); 4) denuncia policial del veintisiete de febrero de dos mil diez (folio 152); 5) acta de constatación policial del veintisiete de febrero de dos mil diez (folio 155); 6) fotos y filmaciones de la vivienda (folio 163); 7) croquis de la vivienda del agraviado (folio 205); 8) copia certificada de la escritura de transferencia de donación de la comunidad campesina de Quisini a favor del agraviado Simón Castelo Zavala (folio 681); 9) acta de inspección y constatación fiscal del estado actual en que se encuentra el predio posterior al desalojo que sufrió el agraviado (folio 716); 10) copia de la inscripción del nombramiento de la Directiva Comunal para el periodo 2009-2010, partida N.° 0200-91008, asiento 17. Directivos Cipriano Chura Huamán, Washington Espirilla Sumire y Rufino Sumire Cruz (folio 822); con relación a dicha instrumental se deja constancia que Cipriano Chura Huamán, en su calidad de presidente de la comunidad, era quien organizaba reuniones para despojar de sus bienes al agraviado y destruir su casa; 11) acta de continuación y constatación fiscal y filmaciones llevada a cabo a siete meses de ocurridos los hechos (folio 860), se deja constancia del estado de la vivienda del agraviado, la cual presenta la pared destrozada, montículos con cemento y yeso, partes de revestimiento de la casa, sembríos de cebada, escombros de la vivienda, la casa de Chimpacucho sin techo ni puertas, entablado cubierto de tierra y con restos de ladrillo; 12) copia de boletas de venta de adquisiciones de materiales de construcción y artículos domésticos de los agraviados correspondientes a los bienes sustraídos (folio 1078); se señala que con estos documentos se acredita la prexistencia de los bienes que fueron objeto de apoderamiento; 13) acta de inspección y constatación fiscal (folio 1097), se describe el estado en que se encuentran las construcciones e instalaciones en el predio rústico de Yyucani, de la Comunidad de Quisini; con participación del perito ingeniero De la Vega se señala la existencia de bloques de cemento, restos de cemento, desmonte, canaletas, clavel al borde del río Quera, se visualiza en forma objetiva, restos de cemento, zócalos, 5 metros cúbicos pertenecientes a la casa del agraviado.

[20] Señaló textualmente que: "[...] en la propiedad del señor Simón Castelo Zavala (agraviado) se ha encontrado tierra sobre el entablado de la antigua construcción; existen fotos de la construcción anterior; se ha encontrado parte de lo que antes era la construcción, de lo que quedó solo el piso y sobre él echaron tierra y han sembrado avena; se nota que se ha utilizado maquinaria y la destrucción probablemente sería en un día; se ha encontrado parte del cielo raso, muros, contrazócalos, se podría decir que han cargado el desmonte [...]; el desmonte guarda relación con los materiales de la construcción de la vivienda, existió la vivienda del agraviado en Marampampa que fue destruida; tenía un valor a esa

QUINTO. Por su parte, el tercero civilmente responsable, para sustentar su posición, aparejó a los presentes actuados el Estatuto de la Comunidad Campesina de Quisini (folio 645 del cuaderno de control de acusación) y el título de propiedad del territorio comunal (folio 663 del cuaderno de control de acusación).

SEXTO. El juez de la causa, con relación a la responsabilidad civil de la Comunidad Campesina de Quisini, determinó[21] que en autos se acredita que existió la destrucción de la vivienda del agraviado Simón Castelo Zavala y a su vez fue desalojado de la misma; del mismo modo verificó que los responsables de tales hechos fueron los encausados, quienes, a su vez, resultan ser miembros y directivos de la hoy recurrente (Comunidad Campesina de Quisini); decisión que el Colegiado Superior confirmó mediante sentencia del veinticinco de abril de dos mil dieciséis[22] (folio 2757).

---

fecha de 159 132,82 nuevos soles y Chimpacucho de 42 235,75 nuevos soles".

[21] Extremo de la reparación civil: Considerando 4.8: "En el requerimiento de acusación y en la complementaria se ha postulado que la Comunidad Campesina de Quisini, distrito de Marangani de la provincia de Canchis-Sicuani tiene la condición de tercero civilmente responsable, debido a que todos los acusados son miembros activos de la comunidad; alguno de ellos directivos que han perpetrado los delitos, previo acuerdo en sucesivas asambleas comunales a los que inclusive las hijas del agraviado han concurrido; todo ello con la finalidad de despojar de sus bienes al agraviado, y para los bienes inmuebles pasen a formar parte del territorio comunal. Está probado que los acusados, en coautoría, han cometido aquellos delitos, en su condición de miembros activos de la Comunidad Campesina de Quisini. Esta comunidad tiene responsabilidad civil en forma solidaria en el pago de la reparación civil a fijarse; así, el inciso 1, del artículo 111 del CPP determina que una persona jurídica como la mencionada comunidad campesina puede tener responsabilidad civil, como en el presente caso. Esta norma establece: 'las personas que conjuntamente con el imputado tenga responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil, como en el caso de autos. De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 93 del Código Penal**, la reparación comprende: 1) La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. 2) La indemnización de los daños y perjuicios. Respecto al pago por la indemnización de los daños causados, se debe tener en cuenta el tipo de daño. Las categorías del daño son: a) Daño patrimonial. b) Daño extrapatrimonial. El daño patrimonial se subdivide en i) daño emergente y ii) lucro cesante.

Por daño emergente se entiende la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

Tal como se ha indicado, los acusados han destruido y despojado de su propiedad inmueble al agraviado, así como sustraído sus bienes; en consecuencia, debe repararse tal daño, para lo cual el juzgador considera proporcional el monto de la reparación civil solicitada por el Ministerio Público. La misma que ha sido debidamente acreditada; en consecuencia, es razonable fijar la reparación civil solidaria y la restitución de lo sustraído y del inmueble despojado".

[22] Extremo de la reparación civil: Considerando 2.20. "El recurso de apelación, la comunidad campesina de Quisini (tercero civil), como errores de hechos y derecho, alega que: i) no existen hechos que vinculen a la comunidad campesina de Quisini como tercero civil responsable. ii) No se ha acreditado con el padrón comunal que los acusados son miembros activos de la comunidad campesina. iii) No existe prueba idónea que acredite la realización de sucesivas asambleas comunales en las que se haya acordado para perpetrar los hechos imputados. iv) No se tomó en cuenta la Ley General de

SÉPTIMO. A efectos de dilucidar la presente cuestión, cabe señalar que la reparación civil es una institución del derecho civil e integra el objetivo civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación y a los principios y directivas típicas del derecho civil[23], en la que el tercero civilmente responsable también es responsable de esta, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible[24]; es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado[25].

OCTAVO. Así, el artículo noventa y cinco del Código Penal impone la responsabilidad civil solidaria de quien no ha sido responsable directo del delito (autor); por ello, la identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino, normativa, empleándose, de conformidad con el artículo ciento uno del Código Penal[26], lo descrito en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que regula la responsabilidad civil derivada: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

Comunidades Campesinas, su reglamento ni el estatuto de la comunidad.

En la recurrida se ha fijado por concepto de reparación civil el pago de la suma de 250 000,00 soles que deberán abonar los sentenciados en forma solidaria con la comunidad campesina de Quisini (tercero civil) a favor del agraviado, bajo el sustento de que con dicho monto económico se deberá reparar adecuadamente a los agraviados de los daños y perjuicios ocasionados, al haber privado del ejercicio de la posesión sobre el predio litigado.

El cuestionamiento del abogado defensor de la comunidad campesina ya no es atendible, **en vista de que mediante resolución firme se ha comprendido como tercero civil**; además, se debe tener en cuenta que respecto a los acusados algunos son directivos y otros miembros de la Comunidad Campesina de Quisini, por lo que la decisión del Juzgado Penal Colegiado de que deben pagar en forma solidaria el monto de la reparación civil es correcta; además, el monto fijado por reparación civil no ha sido cuestionado.

En consecuencia, se tiene que el monto fijado por concepto de reparación civil es proporcional y razonable a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados al agraviado, por lo que, en este extremo, debe confirmarse".

[23] Sentencia de Casación del catorce de marzo de dos mil diecinueve (Recurso de Casación N.° 695-2018 - Lambayeque); fundamentos de derecho, considerando segundo.

[24] San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. Lecciones, conforme al Código Procesal Penal de 2004. Primera edición. Lima: Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, 2015, p. 250.

[25] Sánchez Velarde, Pablo. El nuevo procesal penal. Primera edición. Lima: Editorial IDEMSA, 2009, p. 84.

[26] Aplicación Supletoria del Código Civil: La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Se desprenden dos requisitos, la existencia de subordinación y que el delito se cometa en el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber.

Sobre la subordinación, se descarta la exigencia de un vínculo legal, es suficiente corroborar que exista una relación, de dependencia o jerarquía, incluso, como señala Moreno Catena, de hecho, sin importar que sea circunstancial, onerosa o gratuita[27]. En cuanto al ejercicio de cargo o el cumplimiento de un deber, el comportamiento ilícito debe haberse ejecutado mientras se desarrollaba o cumplía un rol encomendado por persona natural o, en el caso de una persona jurídica, un rol institucional[28].

Desde la perspectiva procesal, la capacidad de intervención del tercero civil responsable se desprende del artículo ciento once del Código Procesal Penal; por tanto, se le reconocen derechos innatos a tal ejercicio, como el de contradecir aquellos aspectos relacionados con la existencia de un daño o a las razones de imposición del mismo.

NOVENO. Por Ley N.° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, se estableció que el Estado reconoce a las comunidades campesinas como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo[29]; del mismo modo, nuestra Carga Manga, en su artículo ochenta y nueve, establece que: "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece [...]".

DÉCIMO. Se registra en autos que el once de abril de dos mil diez se llevó a cabo una Asamblea Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Quisini, para tratar un hecho relacionado con la muerte de una comunera, identificar a sus autores e imponer la sanción respectiva[30].

---

27 MORENO CATENA, Víctor. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Colex, 2003, p. 139.

28 Estos criterios ya fueron ratificados por esta Corte Suprema, a través del Recurso de Nulidad N.° 705-2018 Huancavelica, emitido por la Sala Penal Permanente, del diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

29 Artículo 1. Declárese de necesidad nacional e interés nacional y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas.

30 Se dejó constancia de lo siguiente: "[...] que siendo las 09:00 a. m., del once de abril de dos mil diez, se reunieron hombres y mujeres comuneros de la Comunidad Campesina de Quisini, para

En el desarrollo de la mencionada asamblea se estableció que los hechos en cuestión habían sido esclarecidos (asesinato de la comunera) y que los autores serían Simón Castelo Zavala, su esposa Cecilia Condori Aguilar e hijas, e incluso se dejó constancia de que dichas personas reconocieron, en el acto de la asamblea comunal, las imputaciones dirigidas en su contra.

En el acto de la votación sobre la cuestión sujeta a discusión, se resolvió sancionar al comunero Simón Castelo Zavala y expulsarlo de la comunidad; extinguir la posesión de sus predios y que estos sean revertidos a favor de la comunidad, y que para la ejecución de esta se lleven a cabo faenas comunales[31]; ello se verifica en el Libro de Actas de Asambleas Comunales de la Comunidad Campesina de Quisini, legalizado por el juez de paz, donde obra el Acta de la Asamblea Extraordinaria del once de abril de dos mil diez, la misma que se tiene a la vista y se apareja a los presentes actuados[32].

DECIMOPRIMERO. En consideración a lo expuesto y de la revisión de los recaudos, este Tribunal procederá a analizar, en concreto, el hecho de que si se habría conculcado el juicio de imputación de responsabilidad civil[33] dirigido contra la Comunidad Campesina de Quisini por el cual se le fijó, de manera solidaria, el pago de 250 000,00 soles por concepto de reparación civil.

---

llevar a cabo una Asamblea Extraordinaria, bajo la convocatoria del señor Cipriano Chura Huamán, presidente de la Directa Comunal de Quisini, y el señor Tomás Condori Ccahuana, presidente de Rondas Campesinas de la Comunidad Campesina de Quisini, con la única agenda de tratar sobre los hechos de homicidio del caso de la muerte de la comunera Gladys Olinda Flores Machaca y sanción comunal a imponerse a los autores".

31 Se decretó: "Primero, imponer sanción al comunero Simón Castillo Zavala con la descalificación definitiva de la Comunidad y, como consecuencia, extinción de la posesión familiar de las parcelas de terreno dentro de la Comunidad, y expulsión definitiva de la comunidad. Segundo, que los terrenos comunales apropiados individualmente por el comunero Simón Castelo Zavala se revierta a favor de la comunidad y tomaremos posesión con faenas comunales. Tercero, que el presente acuerdo para su ejecución se encarga a la directora comunal y a las rondas campesinas internas de la comunidad [...]".

32 Suscribieron dicha acta; Cipriano Chura Huamán (presidente de la comunidad campesina); Tomás Condori Ccahuana (presidente de rondas campesinas), Rufino Sumire Cruz (secretario de la comunidad campesina), Víctor Qquelcca Mamani (secretario de Derechos Humanos de las rondas campesinas), entre otros; a su vez, se aprecia un número importante de firmas de los comuneros asistentes a dicha Asamblea Extraordinaria.

33 Desde una perspectiva general es posible sostener que la responsabilidad civil comporta para el responsable la obligación de restablecer el patrimonio afectado. Sentencia de Casación del veintiocho de mayo de dos mil trece (Casación N.° 251-2011-Lambayeque; considerando quinto de los fundamentos de derecho).

DECIMOSEGUNDO. Circunscrito el objeto de análisis, si bien se advierte de la actividad probatoria y de los actos procesales expedidos por las instancias de mérito, que está probado que los hoy sentenciados adecuaron su comportamiento al ilícito penal de usurpación agravada (conforme se ha descrito en el considerando cuarto de los fundamentos de derecho de la presente), el perjuicio de Simón Castelo Zavala, y que a su vez se determinó el pago de un monto de dinero por concepto de reparación civil; sin embargo, ello no implica que dicha obligación pecuniaria sea extendida a la Comunidad Campesina de Quisini por el solo hecho de que los hoy sentenciados pertenezcan a dicha comunidad y porque existió un acuerdo comunal que determinó una sanción al precitado agraviado.

DECIMOTERCERO. En este contexto, y luego de llevado a cabo el análisis de los presupuestos y/o criterios para determinar la responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Campesina de Quisini; en primer lugar, se advierte que no existe vinculación alguna por medio de la cual los autores del hecho ilícito hayan sido compelidos o direccionados en su comportamiento reprochable (daños generados), pues el hecho de que existió un acuerdo comunal que se gestó en la Asamblea Extraordinaria del once de abril de dos mil diez, por el cual se sancionó al comunero Simón Castelo Zavala y establecieron una serie de decisiones y acciones (expulsión de la comunidad, extinción de la posesión de sus predios y reversión de estos a favor de la comunidad), no resulta idónea, por cuanto en dicho acuerdo no se describe, de manera expresa y clara, que se produjeran daños contra los bienes y predios del agraviado, los cuales si bien ocurrieron, el resarcimiento de ello, vía responsabilidad civil solidaria, no puede ser extendido contra la Comunidad Campesina de Quisini, pues dicha persona jurídica, dentro del cumplimiento de sus disposiciones reglamentarias y las facultades establecidas por la Ley N.° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, y lo previsto por el artículo ochenta y nueve de la Constitución Política del Estado, a través del cual establece que: "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece [...]", estableció e impuso una sanción para uno de sus miembros (el precitado agraviado), pero en ningún sentido, se acordó y/o decidió la generación de un daño patrimonial. En atención a las razones expuestas, es válido colegir que tampoco opera el segundo presupuesto, pues el desarrollo del comportamiento (proceder) de los autores del delito en cuestión (usurpación agravada) representó un actuar que estuvo determinado por el libre albedrío de estos y no por otra circunstancia que se haya probado (acreditado) en

autos. En atención a tales consideraciones, este Colegiado advierte que el agravio invocado debe ser estimado, en tanto existió transgresión del juicio de imputación de la responsabilidad civil dirigido contra la Comunidad Campesina de Quisini.

DECIMOCUARTO. En atención a tales consideraciones, las instancias de mérito no llevaron a cabo una suficiente fundamentación y actividad probatoria para determinar que el resarcimiento de los daños producidos también deba ser asumido, de manera solidaria, por la Comunidad Campesina de Quisini, esto es, que deba asumir el pago de una suma de dinero, ya que no se ha establecido la verificación de los presupuestos, descritos en el anterior considerando, como tampoco se estableció e individualizó de manera objetiva a los miembros de la comunidad campesina, a través algún padrón comunal o instrumental idóneo que sirviera para ese propósito; en virtud a lo expuesto, resulta pertinente colegir que no se expusieron, de manera cabal, los argumentos por los cuales se vinculó a la Comunidad Campesina de Quisini con los daños originados (provocados) por los hoy sentenciados; razones por las que cabe estimar el agravio formulado en tal sentido; consecuentemente, el recurso de casación debe ser amparado.

66

§66. Reparación civil. Rol de la Corte Suprema

Casación	695-2018-LAMBAYEQUE
Fecha	14 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 92, 93 del CP.

RESUMEN:

1. La reparación civil que provenga del delito puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código). La responsabilidad civil –de los responsables directos e indirectos– es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil.

2. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

3. Tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables –según lo anotado en el fundamento jurídico anterior–. La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el Tribunal Superior, en la sentencia materia de recurso de casación, revocó la sentencia de primera instancia en cuanto a la reparación civil ordenada pagar solidariamente a los condenados Gamarra Salguero y Rosales Dioses, así como a los terceros civilmente responsables Espinoza Galán Peña de Espinoza, a favor de Felícita Uceda Custodio, madre de la fallecida Bertha Farro Uceda.

1. El juicio de culpabilidad penal se decidió en una sentencia anterior, debidamente confirmada. La responsabilidad penal recayó en los imputados

Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses. Tres fueron los sujetos pasivos de los delitos materia de condena (homicidio y lesiones culposas): Bertha Farro Dioses, Elsa Agripina Gonzales de Uribe y Manuel Traverso Zamora.

2. Las dos últimas sentencias –de primera y segunda instancia– declararon la responsabilidad civil tanto respecto a los dos imputados –responsables directos– cuanto en lo atinente a Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza, propietarios del camión conducido por el condenado Rosales Dioses – responsables indirectos–. Asimismo, declararon extinguida la obligación de pago por parte de Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán, propietarios del vehículo conducido por el condenado Gamarra Salguero, a favor de Felícita Uceda Custodio.

3. Finalmente, la sentencia de vista, revocando la sentencia de primera instancia, fijó el monto de la reparación civil de ciento noventa y nueve mil setenta y dos soles a sesenta y seis mil setecientos veintiún soles –menos los descuentos que correspondan a la aludida transacción y al pago de Seguros La Positiva–, que serán cancelados solidariamente por los referidos condenados y los terceros civiles Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán a favor de Felícita Uceda Custodio.

SEGUNDO. Que la reparación civil es una institución de Derecho civil e integra el objeto civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación, y a los principios y directivas típicas del Derecho civil –se requiere que una determinada conducta, más allá de que se le considere delito o no, cause un daño civil–. Es de destacar, sobre el particular, (i) que la indicada relación jurídica civil es de derecho privado y, por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello

implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial; y, (ii) que la naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en los Códigos Civil y Procesal Civil (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 936/2006, de diez de octubre), luego, no puede conceder más de lo solicitado por la parte que reclama, ni tampoco cosa distinta de lo reclamado (STSE 208/2017, de veintiocho de marzo).

La reparación civil que provenga del delito, por lo demás, puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código).

Asimismo, la responsabilidad civil –de los responsables directos e indirectos– es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil. Este último precepto agrega que "...aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la reparación se hará por partes iguales" [el subrayado es nuestro].

TERCERO. Que en materia de responsabilidad extracontractual, y específicamente de daños generados a las víctimas como consecuencia de la comisión de un delito, la ley impone la solidaridad: la responsabilidad civil por el daño generado es asumida por todos los intervinientes en el delito y los que tienen responsabilidad civil vicaria o indirecta (terceros civilmente responsables). La regla es que todos los responsables del daño responden solidariamente –la obligación solidaria, primero, es una sola, aunque existe pluralidad de vínculos coligados; y, segundo, en ella concurre unidad de causa–.

Ello no impide, desde luego, que entre perjudicados y responsables civiles puedan celebrar transacciones específicas, en cuanto medios de extinción de las obligaciones. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

CUARTO. Que, en el presente caso, se cuestiona el alcance de la transacción celebrada el cinco de enero de dos mil trece entre Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán –propietarios del vehículo conducido por el

condenado Ronald Anderson Gamarra Salguero– y la madre de la occisa Bertha Farro Uceda, doña Felícita Uceda Custodio, por la suma de veinticinco mil. Es decir, si la transacción abarcó la totalidad de la obligación o se limitó a la parte de uno solo de los deudores, pues en uno u otro caso los efectos jurídicos son distintos, atento a lo dispuesto en los artículos 1188, primer párrafo, y 1189 del Código Civil. Cabe aclarar que la hija de doña Felícita Uceda Custodio intervino en su representación, no por derecho propio; luego, la objeción formulada en este punto no es de recibo. Además, conforme al artículo 94, numeral 2, del Código Procesal Penal, la condición de agraviado se establece en función al orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil; y, la madre –sin prueba que la víctima tenía descendencia–, es la que legalmente tiene la titularidad respectiva (orden sucesorio en segundo grado).

La transacción, como regla, solo alcanza a las personas que han suscripto el acuerdo. No perjudica ni aprovecha a los otros que no participaron en él, para quienes constituye res inter alios acto, es decir, configura un convenio entre terceros que no los afecta, salvo la regla excepcional de obligaciones solidarias en la medida en que la transacción comprenda la totalidad de la obligación.

Según el acta de transacción examinada, las partes se identificaron como tales en el presente proceso penal, los titulares del automóvil que conducía Gamarra Salguero reconocieron la responsabilidad que les asistía en los hechos, y, a partir del tal reconocimiento, aceptaron pagar a la deudora (madre de la occisa) la suma de veinticinco mil soles. No comprendieron a las demás partes procesales –intervinientes en el delito y a los otros terceros civilmente responsables–, para lo cual se requería una incorporación expresa y un ulterior juicio de razonabilidad del mismo por la autoridad judicial para determinar la corrección del monto fijado desde los intereses legítimos del conjunto de las partes procesales.

Siendo así, es de entender, entonces, que se trató del supuesto reglado por el artículo 1189 del Código Civil –la transacción se limitó exclusivamente a los dos deudores solidarios: Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán–, por lo que "...los otros [deudores solidarios] no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte". En la fijación de la reparación civil debe determinarse, entonces, el monto correspondiente, con exclusión de la suma materia de transacción –así como de la cantidad abonada por la Compañía Seguros La Positiva Seguros–.

QUINTO. Que, a los efectos de la determinación del daño patrimonial y del daño moral, fijados en la sentencia recurrida, es menester fijar algunos puntos precisos relevantes para la causa.

1. La sentencia de vista resaltó, de un lado, el lucro cesante; y, de otro, el daño moral. En cuanto al lucro cesante, para su determinación, partió del hecho de que la difunta era profesora nombrada con veintiún años de servicios y con un sueldo mensual de mil doscientos soles, pero que lo fijó en un treinta por ciento de esa cantidad. El daño moral, sin más, lo estableció en diez mil soles.

2. Una de las vertientes del daño patrimonial es el lucro cesante –conjuntamente con el daño emergente–. El primero, se corresponde con las utilidades frustradas como consecuencia del hecho dañoso –ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo–. Su acreditación no es, por lo general, en forma directa. En el presente caso se tomó como referencia el sueldo percibido por la occisa como maestra, pero asimismo se acotó que esa suma no puede identificarse con ganancia o legítimo enriquecimiento frustrado, pues es del caso descontar lo que la víctima ahorraría luego de satisfacer sus necesidades básicas. Ahora bien, el porcentaje fijado si bien está identificado, no ha sido explicitado –en este caso la motivación es insuficiente–, aun cuando fija un criterio práctico que permite conocer cómo se decantó el Tribunal para determinarlo. El lucro cesante también comprende, cuando se trata de reclamaciones dinerarias, el abono de los intereses moratorios, además de los legales o procesales que procedan tras el dictado de la sentencia –sobre este punto no se dice nada: motivación, en este punto, sería incompleta o parcialmente omitida–.

3. La sentencia no hizo mención al daño emergente, es decir, los gastos razonables o pérdidas sufridas por la familia de la víctima como consecuencia del hecho lesivo –el empobrecimiento del patrimonio de la familia–.

4. El daño moral solo ha sido enunciado y determinado sin un razonamiento específico. Es sabido que este tipo de daño inmaterial no se puede fijar mediante pruebas concretas, por lo que ha de recurrirse a un juicio global en que se tenga en cuenta un criterio de reparación basado en el sentimiento social de los daños producidos por la ofensa, en su entidad real o potencial, la relevancia o repulsa social de los mismos, las circunstancias personales de los ofendidos, la edad de la víctima, y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por la actora civil –principio de rogación– (véase: SSTSE 1054/2003, de veintiuno de julio; y, 833/2009, de veintiocho de julio).

SEXTO. Que, tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables –según lo anotado en el fundamento jurídico anterior–. Ésta, por lo general, corresponde fijarla a los jueces

de primera y segunda instancia, de manera que por lo general no es revisable en casación, pues al no establecer el Código Civil o el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley material. La rectificación de la cuantía, empero, corresponderá cuando (i) se rebase o exceda o tergiverse lo solicitado por las partes, (ii) se fijen defectuosamente las bases que la fundamentan, (iii) quede patente una evidente discordancia entre las bases estipuladas y la cantidad señalada como reparación civil, o (iv) se incurra en error notorio, arbitrariedad e irrazonable desproporción de la cuantía fijada (STSE 107/2017, de veintiuno de febrero).

La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia (STSE 500/2005, de diecinueve de abril). Es posible, desde luego, que cuando el quantum indemnizatorio se verifique razonable, la ausencia de las bases respectivas no será motivo de rescisión de la sentencia porque la subsanación no tendrá incidencia alguna en el fallo que se mantendría incólume (STSE 294/2012, de veintiséis de abril).

Esto último no se ha producido; luego, es menester casar la sentencia de vista a fin de que un nuevo Colegiado Superior se pronuncie motivadamente respecto de las bases que fundamentan la cuantía y subsane las omisiones materiales detectadas –referidas a las exigencias jurídicas para afirmar la existencia de daños patrimoniales y morales, y a la determinación de la suma dineraria respectiva–, en función a las pretensiones de las partes y solo desde sus planteamientos, así como a las premisas dogmáticas estipuladas en esta Ejecutoria Suprema (artículo 433, apartado 2, del Código Procesal Penal).

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

1. DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD

67

§67. Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición

Acuerdo Plenario	09-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL
Ponente	Barrios Alvarado, Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente.

Todo acto que califique como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar viene gobernado por un actual e intenso interés público.

Cuando se estime alguna circunstancia relevante que amerite una respuesta punitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad del condenado, el juez debe

considerar, antes de imponer una pena privativa de libertad efectiva, la aplicación de la vigilancia electrónica personal, en la medida que se haya dado cumplimiento al procedimiento respectivo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ACUERDO REPARATORIO EN LOS DELITOS DE LESIONES LEVES Y AGRESIONES CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

19.° En cuanto al ámbito de protección del tipo penal regulado en el artículo 122-B del Código Penal, éste se desprende de la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal –con inclusión, por cierto, de sus elementos de contexto–, que incluyen, por un lado, todo clase de agresiones de menor entidad –o levísimas– cometidas contra una mujer por su condición de tal –violencia de género– y, por otro, las agresiones levísimas cometidas entre integrantes del grupo familiar –violencia doméstica–.

20.° La agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente[34]. El numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364 define la violencia contra la mujer por su condición de tal, "como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres".

23.° A partir de lo expuesto es de identificar que el bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal es pluriofensivo pero con matices distintos para cada uno de los supuestos citados. En el primer supuesto (violencia de género) se protege la integridad física y la salud de la mujer, concretamente, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, contenido en la Convención Belém do Pará, Ley y su reglamento; pero, principalmente, por su inescindible unidad con los bienes jurídicos, la igualdad material y libre

---

[34] Díaz Castillo, Ingrid y otros: Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2019, p. 69.

desarrollo de la personalidad de la mujer –el artículo 9 de la Ley 30364 resalta el derecho a la mujer a estar libre de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación–.

24.° Por tanto, es de anotar que la violencia de género puede presentarse tanto fuera como dentro de la convivencia familiar; muestra móviles específicos que lo diferencian de la violencia ejercida entre otros miembros del grupo familiar (entre hermanos, primos, cuñados, padres/hijos, suegros/yernos, etcétera). Así, por ejemplo, una mujer puede ser agredida en el ámbito familiar por su conviviente, pero sin que la agresión se haya ejecutado por su condición de tal; no obstante lo cual dicha conducta estaría abarcada por el injusto penal, en tanto se produjo en el ámbito doméstico, como integrante del grupo familiar.

25.° La violencia contra la mujer se distingue de la que comete un integrante del grupo familiar contra otro, ya sea porque no tenga el mismo móvil o porque la víctima no tenga la condición de mujer. El numeral 4 del artículo 4, del Reglamento de la Ley 30634 entiende que violencia hacia un o una integrante del grupo familiar es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 6 y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un o una integrante del grupo familiar hacia otro u otra.

Consecuentemente, en el segundo supuesto, lo que respecta a la violencia de una persona contra otro miembro del grupo familiar, que no califique como violencia de género, se protege el derecho de éstos a la integridad física, psíquica y salud, así como al derecho a una vida sin violencia.

33.° La naturaleza del delito, los bienes jurídicos comprometidos, los motivos de su incorporación como delito, los tratados internacionales y la innegable realidad de su presencia en la sociedad como acto precedente a resultados más lesivos, especialmente, en lo que atañe a la mujer, hace sumamente evidente el interés público gravemente comprometido que está detrás de la investigación, procesamiento y efectiva sanción de los perpetradores de este delito. Este contexto hace inviable la aplicación del principio de oportunidad según los supuestos contemplados en los literales b y c, del inciso 2, del artículo 2 del Código Procesal Penal.

B. DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO

42.° Es decir, en la interpretación y aplicación de las normas nacionales se debe identificar las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como

las dinámicas particulares de la violencia contra ellas, especialmente en el ámbito doméstico o de relaciones interpersonales. Por consiguiente, es fundamental incorporar un análisis contextual que permita comprender que la violencia a la que se ven sometidas las mujeres en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial. El que los casos de violencia no se comprendan como situaciones de riesgo permanente para las mujeres y se recurra a medidas que conlleven a tolerar dichos actos de violencia, implica hacer caso omiso a las dimensiones y repercusiones de la problemática y enviar el mensaje de que se trata de actos no punibles.

44.° Por consiguiente, la aplicación del principio de oportunidad y/o acuerdo reparatorio en casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar desnaturaliza el objetivo mismo de la Ley 30364, por lo que la interpretación y aplicación que se realice del artículo 2, inciso 6, del Código Procesal Penal debe encontrarse necesariamente en coherencia con las demás normas del ordenamiento jurídico y, principalmente, con los dispositivos internacionales a los que el Perú está obligado. Desde esa perspectiva, resulta como única interpretación posible que las modalidades establecidas en los artículos 122, inciso 3, literales c), d) y e); y 122-B del Código Penal, circunscriptas a lesiones y agresiones en contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar, no son susceptibles de ningún tipo de conciliación y, consecuentemente, de ningún acuerdo reparatorio. Amerita precisar que, por los mismos fundamentos, no es posible que los jueces de paz, que intervienen por mandato de la Ley 30364[35], realicen acuerdos conciliatorios en las denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

45.° En suma, todo acto que califique como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar viene gobernado por un actual e intenso interés público. Asimismo, en virtud de una interpretación coherente con las demás normas en la materia, hacen inaplicable el principio de oportunidad y, dentro de él, asimismo, el acuerdo reparatorio, ya sea extra o intraproceso.

46.° Cabe precisar que esta salvedad no alcanza al proceso especial de terminación anticipada y el instituto de la conformidad procesal, en tanto no implican una negociación con la víctima en sentido fuerte ni están dirigidos a

---

[35] En virtud de la modificatoria del artículo 47 de la Ley 30364 realizada mediante Ley 30862, de 3 de octubre de 2018.

evitar la sanción penal. La presencia de la parte agraviada en el proceso permite la defensa de sus derechos y su pretensión resarcitoria[36].

49.° Ahora bien, la reserva del fallo condenatorio, estipulado en el artículo 62 del Código Penal, procede: (i) cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; (ii) cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; y, (iii) cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

Respecto de su aplicación al delito de lesiones leves, contemplado en el artículo 122, inciso 3, literales c, d, y e, del Código Penal, ésta no procede en cuanto se sanciona con una pena no menor de tres ni mayor de seis años de privación de libertad, por lo que excede lo estipulado en el primer supuesto para la aplicación de reserva del fallo condenatorio. En lo referido a su aplicación al delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal, si bien el marco legal de la pena privativa de libertad cumple con el primer supuesto enunciado; este delito también conmina una pena de suspensión de la patria potestad según el artículo 36 del Código Penal, como pena principal, por lo que no satisface el tercer supuesto necesario para su aplicación.

51.° El Código Penal prevé otras medidas alternativas a la pena privativa de libertad que el juez puede imponer, detalladas en el fundamento jurídico 47 del presente Acuerdo Plenario, entre ellas, la conversión de pena privativa de libertad a pena limitativa de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y vigilancia electrónica personal, conforme lo estipulado en el artículo 32, en concordancia con el artículo 52, ambos del Código Penal. Esta posibilidad, a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, conlleva a la imposición y cumplimiento efectivo de una sanción penal.

52.° En estos casos la viabilidad de la conversión de la pena privativa de libertad en penas limitativas de derechos o de multa está condicionada al cumpliendo estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines preventivos especial y general que se esperan de la pena. El Juez debe efectuar, motivadamente, un juicio de pronóstico futuro que le permita inferir que el sentenciado no cometerá un nuevo delito de la misma naturaleza, a cuyo efecto

---

36 "La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés -que sigue nuestro Código Procesal Penal- que prevé el proceso civil acumulado al penal". Acuerdo Plenario 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil, Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. Fundamento jurídico vigésimo noveno.

deberá atender a los antecedentes del imputado –aun cuando se encuentren cancelados– por delitos de similar naturaleza u otro de carácter violento, la naturaleza y número de agravantes infringidas, la personalidad del agente, la ficha de valoración de riesgo, las relaciones con la víctima, entre otros.

53.° De cualquier forma, cuando se estime alguna circunstancia relevante que amerite una respuesta punitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad del condenado, el juez debe considerar, antes de imponer una pena privativa de libertad efectiva, la aplicación de la vigilancia electrónica personal, en la medida que se haya dado cumplimiento al procedimiento respectivo, según lo circunscrito en las normas que regulan su aplicabilidad –Ley 29499, Decreto Legislativo 1322, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 004-2017-JUS, Decreto 006-2018-JUS y los protocolos específicos de actuación interinstitucional aprobados mediante el Decreto Supremo 008-2016-JUS y por la Resolución Suprema 0163-2016-JUS– y lo desarrollado en el Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116[37].

54.° Finalmente, en caso de sentencia condenatoria, se debe disponer la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medias de protección y de cualquier otra a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20 de la Ley 30364).

---

[37] Las notas más características de la vigilancia electrónica personal, desde el procedimiento respectivo, son las siguientes. Primera, solo procede a petición de parte, del propio interesado (penado o imputado), aunque también pueda proponerla el fiscal, en cuyo caso debe ser irremediablemente aceptada por el imputado. Segunda, para su adopción se requiere de una preceptiva audiencia de vigilancia electrónica personal–o, en todo caso, que esta medida hubiese sido materia de una dialéctica contradictoria en la audiencia correspondiente, sea principal (propia del enjuiciamiento) o preparatoria (propia de la investigación preparatoria) o postulada, en vía de una moción de parte en la audiencia preliminar (propia de la etapa intermedia)–. Por consiguiente, el juez no puede imponerla de oficio o sorpresivamente, tanto más si se requiere que la solicitud se escolte de varios anexos, fijados en el artículo 5-A del Reglamento. Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116. Asunto: Vigilancia electrónica personal. Fundamento jurídico octavo.

2. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA

68

§68. Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información

Acuerdo Plenario	3-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre del 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Valdez Roca, Barrientos Peña, Vega Vega, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez, Peirano Sánchez, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 20°. 8 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 13°

RESUMEN:

*El derecho al honor, el derecho a la libertad de expresión y el de información, son **derechos-principios que gozan de rango constitucional**, de manera tal que **ninguno de ellos tiene carácter absoluto** ni prevalece sobre los otros. Por lo tanto, cuanto entran en conflicto, la solución recae en la formulación de un **juicio ponderativo** que tenga en cuenta las circunstancias de cada situación en particular y permita determinar si la conducta atentatoria contra el honor es amparada en el ejercicio de las libertades de expresión o de información y, por ello, justificada para el caso en cuestión.*

Así, el juicio de ponderación exige fijar el ámbito propio de cada derecho, tras lo que se verificará la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación. Luego, tendrá que valorarse el carácter justificado o injustificado de la injerencia en virtud del principio de proporcionalidad para, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Los artículos 130º al 132º del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva *objetiva*, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido *subjetivo* el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1196-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo]. Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2º, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante si o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

7º. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2º, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier

medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental –dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997. 47]- modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dado su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no sólo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas –tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados- [*"Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común"*: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2º Constitucional]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

8°. La solución del conflicto pasa por la formulación de un ***juicio ponderativo*** que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información –imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho – principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el

juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

9°. Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero. En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20°, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal "El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...", es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no- de las aludidas expresiones.

10°. Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora- cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento

de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.

11°. El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes –desconectadas de su finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.

12°. En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere

que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información]. No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador. Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español –entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 (§ 3)- que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aún cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada- que lo proporciona [a éste se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

13°. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor –que comprende la crítica a la conducta de otro- son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas –deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige." (Sic.)

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

69

§69. Aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes

Acuerdo Plenario N°	1-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 15 ° CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 16°

RESUMEN:

Para una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, ***deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal****. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna.*

FUNDAMENTOS:

Oportunidades interculturales y jurídicas para superar a problemática detectada.

12. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca que el **enfoque de interculturalidad**: "*Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes.*" (Artículo 3.3). Asimismo, declara que "*las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación*" (Artículo 9°). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estratégicas institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, *el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos* ha establecido en las Reglas de Actuación N° VIII (9 y 1 O) lo siguiente:

> *"Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas.*
>
> *Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.*

Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual."

13. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma FULLER, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen-en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho o convencional y constitucional *[FULLER OSORES, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015].* En efecto, de un lado, se posesiona la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perennicen contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que *"La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política"* (Artículo 47°). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar

un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

14. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

15. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15° del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicos o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de *inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parle General, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; MEINI, Iván: Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]* . Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían *"una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos" [HURTADO*

POZO, José- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

i. **Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años.** Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

ii. **La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia.** La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal. El órgano jurisdiccional

debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe de centrarse en el origen la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencian procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menos de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la "*Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas*" elaborada por GUEVARA GIL y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario *[Conforme GUEVARA GIL, Armando — VERONA, Aarón - VERGARA, Roxana (Editores): El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.]*. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

1. *"La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal*
2. *La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.*
3. *La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por*

el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen."

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

a) La procedencia

b) Los antecedente

c) El nombre del procesado

d) El motivo del análisis

e) El método de análisis y las técnicas usadas

f) Los resultados

g) Las observaciones

h) Las recomendaciones

i) Las conclusiones

iii. **La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas.** Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (amicus curiae) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

iv. **La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de**

género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. Los jueces deben insertar en su razonamiento y torna de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 1 5° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

70

§70. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad al art. 170º del Código Penal

Acuerdo Plenario Extraordinario	1-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Rodríguez Tineo y Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170°, 173°.3, 175°, 176º, 176º-A, y 179°-A del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 17°

RESUMEN:

La ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de ***abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años****, es el* ***artículo 170º del Código Penal****, en tanto se debe considerar que quienes se encuentran en dicho rango de edad tienen también el derecho a ejercer su libertad sexual; sin embargo, de acuerdo con los hechos concretos, corresponderá la aplicación de los artículos 172º, 173º-A, 175º y 179º-A del* CP. *o 176º-A.3, previo análisis.*

FUNDAMENTOS:

"6º. **IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (***Acuerdo plenario Nº 04-2008/CJ-116*** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes

respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en la Sala Penal Transitoria.

7º. **HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA:** Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el **Título V** Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etáreo 14-18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación pregunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura, cubría la indicada protección de tres tramos: de ***0 a 7 años, de más de 7 a 10 años, y de más de 10 a 14 años***; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La ley Nº 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173º inciso 3º del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley Nº 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años, se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un "sinsentido" notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175ª y 176ª del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP.

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad.

Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguayo Quispe – Consulta Nº 2224/2007-; sentencia Jihuallanca Arapa – Consulta Nº 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza,

lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase[38].

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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, será reprimido con pena privativa de libertad ***no menor de seis ni mayor de ocho años.*** La pena será ***no menor de doce ni mayor de dieciocho año*** e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violencia se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuese cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.	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: 1. Si la víctima tiene ***menos de 10 años de edad***, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene ***entre 10 años de edad y menos de 14***, la pena será no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco 3. ***Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*** Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

[38] Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, formulando los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.	

8º. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los ***Acuerdos Plenarios Nº 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario Nº 04-2008/CJ-116,*** respecto a la interpretación del artículo 173.3º del CP.

El PRIMERO de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10º CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código ya mencionado, siempre que concurran los siguientes factores:

A. Diferencia etárea entre sujeto activo y pasivo no excesiva,

B. Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y

C. Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere- a partir de los artículos

175º y 176º del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodecimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9º. **CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES:** El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal – Parte general.* Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss). Así, la Ley Penal tiene que ser *certera y estricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances análogos (JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General.* Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92).

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que ***nadie podrá ser 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, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad

(EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General,* Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374).

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos: importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática (GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia Nº 108.* Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10º. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Esto es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objeto del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales, sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad (JOSÉ HURTADO y VITOR PRADO: *Derecho Penal Parte General,* 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14). Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como

aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito,* Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56). El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica (LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal* – Parte General, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92). Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo (OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal,* Ara Editores, 2007, página 53). De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal (BERND SCHÛNEMANN: *El derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos,* Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos Nº 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116 de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra persona que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada *"intangibilidad" o* ***"indemnidad sexual"***. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien jurídico tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la ***libre autodeterminación en ámbito sexual***, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene (RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Juristas Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss).

11º. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales (TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451).

Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria (IVAN NOGUERA RAMOS. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editores Jurídica Grijley, Lima, 2011, páginas 39/42).

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12º. **CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL:** La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual (RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650). Los menores no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentidos en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 CP, como la prevista en la dación de la Ley Nº 28251 –que modificó el artículo 170º- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor (TOMÁS GÁLVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/451).

13º. **CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:** producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasado

(casado) en los marcos del "molde normativo" preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14º. **PRECISIONES DOGMÁTICAS:** El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos)

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad, sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

A. **Positivo.-** capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos.

B. **Negativo.-** derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado de la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 25251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vía absoluta o vía compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual[39], ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar -por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima (ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215).

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán

---

[39] Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida, según el caso.

político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etáreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, ¿Queda algún contenido en dicha disposición?

- **Quienes responden afirmativamente,** sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las revelaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas (así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012).
- **Quienes responden en sentido negativo,** sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14 años, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haber previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación ***contra reo***, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En este sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173°.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual (RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012).

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas[40].

15º. **COLISIÓN APARENTE DE NORMAS:** El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 CP; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP o indirectamente el inciso 3 del artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley Nº 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucionalidad, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa Nº 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual).

---

[40] De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173º.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 6 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 224º del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175º y 179º-A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado destificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto el artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3ª 5 años en tanto que, si la víctima –en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la

coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 175 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encaja con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que opera armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP).

16º. **SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:** Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica -amenaza-), como circunstancia de agravación de los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17º. **SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA:** No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye

que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley." (Sic.)

71

§71. Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias y penalidad

Acuerdo Plenario	3-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 50°, 153°, 179°, 181° y 182° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 20°

RESUMEN:

*Los arts. 153°, 179° y 181° CP. Regulan conductas delictivas diferentes. La **trata de personas** atenta contra la libertad personal; la **violación sexual**, contra la libertad sexual; mientras que en los delitos de **favorecimiento a la prostitución o proxenetismo**, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente.*

*Otra diferencia radica en que **la violación sexual es un delito de propia mano por el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima**; mientras que **en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima**, a través de actos traslativos en una situación de vulnerabilidad **para ser explotada sexualmente por otro** (delito proceso); y **en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro**, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.*

Sin embargo, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a TERCEROs promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio, por lo que nos encontramos ante la posibilidad de un concurso real que deberá ser analizado en cada caso concreto por el Órgano Jurisdiccional.

FUNDAMENTOS:

"Antecedentes:

6°. El texto original del artículo 182° del Código Penal –en adelante, CP- tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX "Proxenetismo", del Título IV "Delitos contra la Libertad", del Libro SEGUNDO "Parte Especial". Posteriormente, la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" (Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182° CP a través de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004. Luego, por Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A CP del Capítulo I "Violación de la Libertad Personal" del aludido Título IV [CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.

7°. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, específicamente los de proxenetismo (artículos 179° y ss. CP) han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179° y 181° CP) en casos donde en realidad configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la

pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas que demanda la ley.

Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

Los tipos penales y sus características:

A. La trata de personas (artículo 153° CP)

8°. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. Promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca; favorecimiento que refiere a cualquier conducta que permite la expansión o extensión; financiación que conlleva a la subvención o contribución económica; y facilitación que involucra cualquier acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y expresan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, etcétera [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

B. El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° CP)

9°. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar a fin de que el desarrollo de tal actividad ya establecida se siga ejerciendo [RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra*

la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. El delito de proxenetismo (artículo 181° CP)

10°. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una decisión equivocada a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

D. La situación de las víctimas menores de edad

11°. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas

en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Empero, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales:

12°. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I,* Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero.

13°. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. Sin embargo, en la violación sexual se está ante un

delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente diversas personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

Problemas concursales:

14°. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en el que la conducta típica viene definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) que practica el propio sujeto activo con la víctima.

Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la calificación judicial de unos y otros.

15º. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153º, 179º y 181º CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.

En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

16º. En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.

17º. Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.

18º. Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente

con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.

19°. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el *modus operandi* y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso *sub judice*.

Concurrencia de circunstancias agravantes específicas:

20°. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

En efecto, como estipula el artículo 50° CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad)." (Sic.)

72

§72. Exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado en la relación sexual mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho de años de edad

Acuerdo Plenario	4-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio del 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martin Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 173º.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 12°

RESUMEN:

Realizando un análisis de los artículos 175° y 176° A del CP. *Se concluye que* ***un menor entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de su libertad sexual****. Por tanto,* ***en cuanto a la exención de responsabilidad penal*** *por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual al que se refiere el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal,* ***debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad****. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.*

FUNDAMENTOS:

"El sub tipo legal agravado del art.173 inc. 3, del Código Penal:

6º. El artículo 173º, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho. Por otra parte el artículo 20º , inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tienes capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7º. Planteado así el problema, es de entender como **libertad sexual** la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse 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. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º , 46º y 241º que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y

dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7- 2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8º. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídicas penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal, de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido por un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176º-A del mismo Código, que tipificaba el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176º del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que ***los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.***

9º. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social – que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173º. 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal- los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho Penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139º, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula

constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, Marcial, "... en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo..." (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la ***exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado***, aplicable al delito de violación sexual al que se refiere el artículo 173º, inciso3), del Código Penal, ***debe ampliarse*** el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a ***toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad.*** Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso:

10º. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley.

El artículo 22º del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción". Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, "Está excluido el agente que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, (...) y otro sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues – por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda a la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación -desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

Factores complementarios establecidos en el Fundamento Jurídico 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007:

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida 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.

Asimismo, como ha quedado expuesto, 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 conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes." (Sic.)

73

§73. Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor

Acuerdo Plenario	7-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordoñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 173°.3, 175° y 179°-A del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 12°

RESUMEN:

*Si la relación sexual es **voluntaria**, el agraviado tiene **entre catorce y dieciséis años de edad** y se cumple que: PRIMERO, la diferencia entre los sujetos activo y pasivo no es excesiva; SEGUNDO, que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; TERCERO, que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad; y, CUARTO, la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas; entonces **deberá atenuarse y aplicarse una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A del Código Penal**.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para "*...el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*".

7°. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad.

De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "*...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, 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 de catorce y menor de dieciocho años*". Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "*...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuero por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años*".

8°. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "*...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado*" (Felipe Villavicencio Terreros: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (Álvaro Pérez Pinzón: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9°. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudenciales evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal -incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

10°. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad -por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11°. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

a. Que la diferencia estaría entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.

b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.

c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12°. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°- A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso -como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal -que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntaria, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación de toda su extensión punitiva el artículo 173º, inciso 3 del Código Penal." (Sic.)

74

§74. Violación de menor de edad: Criterios para la aplicación de la pena

Casación	335-2015-DEL SANTA
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 22°, 29° y 173° inciso 2, del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	42°, 43° y 45°

RESUMEN:

La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal;

ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad;

iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y

iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

FUNDAMENTOS:

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. **Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual.** De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. **Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años.** La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a

la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción.

De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "[...] ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución" – fundamento jurídico quincuagésimo primero–. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etáreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades entre catorce y dieciocho años –, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. **Afectación psicológica mínima de la víctima.** Evidentemente, al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de "indicadores de estresor de tipo sexual", según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 –2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García

ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. **Diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo.** Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

(...)

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez.

Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una

duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106° del Código Penal.

No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

75

§75. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido cometido contra adolescente mayor de 14 y menor de 18 años de edad, del artículo 173º.3. al artículo 170º del código penal

Casación	49-2011-LA LIBERTAD
Fecha	10 de julio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 170°, Art. 173° inciso 3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	Parte considerativa

RESUMEN:

Atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada -quince años de edad- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1. El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: "Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas".

1.2. El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

1.3. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al delito de violación sexual realizado con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bocal (sic) o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.4. El inciso 3 del artículo 433° del Código Procesal Penal -referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio- en tanto establece que: "(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial".

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: "Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

1.5. El Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ - ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad).

1.6. El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 00286-2008-PHC/ TC -Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: "Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso".

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N°010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: «En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. (...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento

o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar sí la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma».

1.9. La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. Nº 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: «Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45º y 46º del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta».

1.10. El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema Nº 1700-2010-LIMA, señala que: "(...) atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada -quince años de edad- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente", igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. Nº 988-11-HUÁNUCO (12 de abril 2012), RN Nº 1770-11-CUSCO (21 de junio 2012) R.N. Nº 854-11-ANCASH (03 de abril 2011), R.N. Nº 1329- 10 AREQUIPA (09 noviembre 2010).

SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

Se señaló en el SEXTO fundamento del auto de calificación que: "que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno -que concluyó: "**lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado**"- hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal -modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro-.

3.2. En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo

ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

3.3. Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemática las personas menores de catorce años.

En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis.

3.4. El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico -libertad sexual-, estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta

imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal-, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N° 00286-2008-PHC/TC - Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

3.5. En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171° ó 172° del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o si así lo determinara en ejercicio de su funciones constitucionales.

3.6. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170° del Código Penal, regulado en **la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin - Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

3.7. Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACION SEXUAL

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) este Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis.

76

§76. Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual

Casación	148-2010-MOQUEGUA
Fecha	03 de julio del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170° y 173°.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	13° y 20°

RESUMEN:

*La **libertad sexual es aquel bien jurídico que poseen aquellas personas que presentan un desarrollo psíquico y fisiológico de la cual se pueda deducir que está en la capacidad de direccionar su actividad sexual**, esto es, que se tenga la capacidad de determinar su propia organización sexual. Si no se cumple las exigencias antes dicha, entonces no se protegerá libertad sexual alguna, sino la indemnidad sexual.*

*Por tanto, hay una **aparente colisión entre los artículos 170° y 173°.3 del CP.***

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DECIMO SEGUNDO: Que, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, con el afán de consolidar y unificar jurisprudencia sobre este punto y atendiendo a que este Colegiado Supremo ha fijado un cambio en su línea jurisprudencial –véase Ejecutorias Supremas R.N°. 1700 - 2010 – Lima, de fecha 03 de mayo de 2011, R. N°. 1222 – 2011 - Lima, de fecha 09 de febrero de

2012, se debe de precisar que la libertad sexual es una cualidad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo psíquico y fisiológico tal, que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual, en ese sentido, cuando esta capacidad no existe, la protección que surge es la de la indemnidad sexual; por tal, en el Acuerdo Plenario cuatro guión dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial guión cientos dieciséis, se entendió que las personas mayores de catorce años ya cuentan con esta capacidad de dirección sexual, por lo que la protección penal que se enmarca será la de su libertad sexual.

DECIMO TERCERO: Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años, por tal, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la agraviada será el de la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas, ya que es posible la subsunción típica de la conducta del sentenciado tanto en el artículo ciento setenta como en el ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, sin embargo, dicha colisión, tal cual se precisó, sólo se produce de manera aparente, en tanto la configuración típica del artículo ciento setenta refleja que el bien jurídico tutelado en dicha norma es la de la libertad sexual, configurándose de esa manera el bien jurídico como sustrato mismo de la norma, en ese sentido, se vacía el contenido de protección del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero por dos razones, en prinicpio, porque el bien jurídico tutelado en este artículo es el de la indemnidad sexual –sería un sinsentido que esta norma dependiendo del inciso que se configure, proteja distinto bien jurídico-; y segundo, debido a que el supuesto de hecho del tercer inciso consigna a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, ergo lo que se protege en ellos es su libertad sexual, no acomodándose la conducta delictiva a dicho artículo, sino al artículo ciento setenta.

77

§77. Naturaleza y características del elemento típico "engaño" en el delito de seducción

Recurso de nulidad	1628-2004-ICA
Fecha	21 de enero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Art. 178° del CP

RESUMEN:

El engaño en el delito de seducción ***no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima, sino facilitar la realización del acceso sexual empleando un medio fraudulento****, tal como se considerará el engañar a la víctima acerca de la práctica sexual a realizarse.*

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que el delito de seducción, tipificado en el artículo ciento setenta y ocho del Código Penal, se configura cuando el agente mediante "engaño" tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con una persona de catorce años y menos de dieciocho años de edad. Por consiguiente, para verificarse este delito es necesario el ***empleo*** de un medio fraudulento como el ***engaño sobre la práctica sexual a realizarse***, ya que como consecuencia de ello el agente induce en error a la víctima y logra el acceso carnal; el "engaño", pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual. El agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su parecido físico con la pareja sentimental de la víctima. Si esta es afectada por el error y se relaciona sexualmente con el agente, a quien cree ser su

pareja sentimental, el tipo penal del artículo ciento setenticinco del Código Penal se habrá configurado. Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que éste acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito."

78

§78. El delito de violación sexual de persona con discapacidad intelectual

Casación	591-2016-HUAURA
Fecha	9 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 172 del CP.

RESUMEN:

La Ley N.° 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo "libre consentimiento". En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo, lo cual implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

FUNDAMENTOS:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

SEGUNDO. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones y de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala Penal de Apelaciones), se tiene los siguientes actos procesales:

2.1. El fiscal adjunto provincial de Barranca formuló acusación contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir — con retardo menta—, previsto en el artículo 172 del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G. (foja 25). Solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de la libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil.

2.2. Mediante sentencia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del mencionado delito y como tal le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil.

2.3. La sentencia fue apelada por el defensor público de Suárez Giraldo el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis (foja 150), la que fue concedida por auto del cinco de abril del mismo año (foja 154), y se dispuso su elevación a la Sala Penal de Apelaciones.

2.4. La Sala Penal de Apelaciones, el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Suárez Giraldo y declaró infundada la pretensión indemnizatoria.

2.5. Contra la sentencia de segunda instancia, el dieciséis de junio de dos mil dieciséis el fiscal superior penal de Huaura interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

TERCERO. El fiscal superior penal de Huaura en su recurso de casación (foja 184) invocó como causales de su recurso, los incisos 1 y 3, artículo 429, del CPP, relativos a la casación constitucional y casación material, con base en los siguientes argumentos:

3.1. La Sala Penal de Apelaciones con base en el inciso 2, artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley N.º

29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, concluyó que las personas con retardo mental gozan del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual; sin embargo, esta conclusión enerva la protección de los menores que presentan dicha discapacidad intelectual.

3.2. La Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no se demostró que la menor agraviada no esté en condiciones de decidir, y que de acuerdo a la pericia sicológica se inferiría que el acto sexual con Suárez Giraldo fue consentido. Estima que debió valorarse debidamente la Pericia Siquiátrica N.º 044289-2015-PSQ, que acredita que la menor agraviada presenta retardo mental de leve a moderado, con una edad mental clínica entre siete a nueve años de edad, y conación (no es dueña de su voluntad), y; por tanto, no podía expresar su voluntad. En ese sentido, no se observó el inciso 2, artículo 425, del CPP, ya que no se valoró la citada pericia siquiátrica, que demuestra que la menor no podía expresar manifestación de voluntad alguna, circunstancia de la que se aprovechó el acusado.

Concluye que al haber sostenido Suárez Giraldo relaciones sexuales con una menor con retardo mental de leve a moderado, se configuró el delito previsto en el artículo 172 del CP. Su pretensión es que se declare nula la sentencia de segunda instancia y se ordene un nuevo pronunciamiento por otra Sala Penal de Apelaciones.

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Conforme a la ejecutoria suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja 26), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material).

En este caso, el examen casacional se circunscribe a la errónea interpretación del artículo 172 del CP—violación sexual de persona en incapacidad de resistencia—, por cuanto se habría realizado una decodificación aparentemente inadecuada de este dispositivo legal. Se consignó que la decisión tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiocho de marzo de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la

audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

SÉTIMO. El artículo 172 del Código Penal, hasta la fecha, ha sido objeto de 4 modificatorias. La redacción vigente al momento en que ocurrieron los hechos es la establecida por la Ley N.° 28704[41] —publicada el 5 de abril de 2006—, que sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Establece una modalidad agravada, cuando el autor comete el delito al abusar de su profesión, ciencia u oficio, en cuyo caso, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

OCTAVO. Conforme a la precitada regulación, para que se configure el delito se debe acreditar lo siguiente: i. un acceso carnal; ii. que el sujeto pasivo sufra anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; iii. que el sujeto activo, conociera esa condición y hubiese abusado de ella. Se trata de un tipo penal doloso, no se admite la comisión culposa.

Según la redacción literal del artículo en mención, y en relación a lo que es objeto del recurso de casación, solo basta que se acredite pericialmente en el proceso la discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como

---

41 Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

retardo mental– de la víctima y que el sujeto activo conozca de esa discapacidad y conociéndola abuse de ella.

NOVENO. En lo que respecta a la interpretación de este dispositivo legal, en relación al bien jurídico, la Corte Suprema ha establecido:

"En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad"[1].

En algunos casos, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consideró que no se requiere que el grado del retardo sea grave[2] para que se configure este tipo penal, y en otros, tuvo en consideración si debido al retraso mental la víctima se encontraba en capacidad para consentir las relaciones sexuales[3].

DÉCIMO. La última modificatoria de este artículo, es la introducida mediante Ley N.º 30838, publicada el cuatro de agosto de dos mil dieciocho con la sumilla: violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento** por sufrir de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Conforme a la nueva redacción, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de las discapacidades

---

[1] Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once. Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. f. j. 16.

[2] Casación N.° 71-2012-Cañete, del 20 de agosto de 2013, f.j. 7. Sala Penal Permanente. "No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado; que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal".

[3] Recurso de Nulidad N.° 1879-2017, del veinte de setiembre de dos mil dieciocho, f. j. 14. Sala Penal Permanente. "De este modo, no resulta posible sostener que una persona con retraso mental moderado, con una edad cronológica de seis años y limitaciones para su normal desempeño de vida se encuentre en capacidad para consentir relaciones sexuales; y, dado que dicha condición resulta apreciable al contacto social, tampoco puede sostenerse o justificarse el consentimiento que pretende invocar el acusado".

mencionadas, y que además conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

DECIMOPRIMERO. En cuanto a la discapacidad intelectual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales. En algunos casos, puede estar acompañado de cualquier otro trastorno somático o mental. De hecho, los afectados de una discapacidad intelectual mental pueden padecer todo el espectro de trastornos mentales y su prevalencia es al menos tres o cuatro veces mayor en esta población que en la población general. Se agrega, que tienen un mayor riesgo de sufrir explotación o abusos físicos y sexuales.

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (CI) para clasificar los grados de retardo, que deben determinarse mediante la aplicación individual de pruebas de inteligencia estandarizadas y adaptadas a la cultura de la población de la cual es miembro el sujeto.

Los grados o niveles de retraso son clasificados por la CIE-10[4]. Se clasifica en grados: retraso mental leve, moderado, grave y profundo.

DECIMOSEGUNDO. En lo que concierne al examen casacional, la discapacidad intelectual, es un elemento normativo y descriptivo del artículo 172 del CP, que debe ser interpretado bajo nuevos enfoques, pues la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se acerca más a un enfoque social[5], que médico, de la discapacidad[6], como veremos en el siguiente apartado.

---

4 F70 Retraso mental leve (50 a 69 de CI), F71 retraso mental moderado (del 35 a 49 de CI), F72 retraso mental grave (del 20 a 34 de C.I.), F73 retraso mental profundo (menos de 20 de CI), F78 otro retraso mental, y F79 retraso mental sin especificación.

5 AGUSTINA PALACIOS. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

6 En ese sentido, se orienta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la Sentencia N.° C-458 del 2015, deja sentado que la discapacidad no es un problema físico o de salud de la persona que deba tratarse de manera aislada, sino un problema social del que son víctimas las personas que componen esta población, ya que ante la sociedad no se están generando las medidas de inclusión efectivas desde un lenguaje que los reconozca como personas iguales, y no como sujetos con menos valor en la sociedad, yendo en contra de los fines de los 2 últimos incisos, del artículo 13, de su Constitución Política y la dignidad humana.

LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

DECIMOTERCERO. La persona con discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo consagra el artículo 7 de la Constitución Política, relativo al derecho a la salud, que en el párrafo final prescribe: "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".

En este orden de ideas, formalmente el constituyente ha determinado que las personas discapacitadas gozan, de los mismos derechos y garantías que las demás[7]. Es por ello, que se puede afirmar que deben ser merecedores de una protección especial por parte del Estado, y en tal sentido, se precisa de acciones concretas y efectivas, a través de políticas públicas que promueven las acciones afirmativas en defensa de sus derechos.

DECIMOCUARTO. El mencionado artículo 7, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, según la cual los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú[8]. Además, se debe tener en cuenta que conforme el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por Perú y en vigor forman parte del derecho interno.

DECIMOQUINTO. Los tratados que de modo específico abordan los derechos de las personas con discapacidad, en los ámbitos interamericano y universal, son: i) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas

---

[7] En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el f. j. 13 de la STC N.° 02480-2008-PA/TC, dejó establecido, que "la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición síquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación".

[8] Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[9], y ii) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[10].

DECIMOSEXTO. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo primero define el término "discapacidad", como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Conforme a su artículo 2, sus objetivos son, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

DECIMOSÉTIMO. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 1, incluye en este grupo poblacional "a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Además, señala la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

DECIMOCTAVO. En atención, al propósito de la referida Convención: "que todas las personas con discapacidad gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad", los Estados Parte convinieron en consagrar un conjunto de principios y derechos con tal finalidad.

Así, el inciso 2, artículo 3, dispone que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En el ámbito de la libertad, se consagra el principio de la autonomía individual, incluida

---

9 Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 27484, del 15 de junio de 2001, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

10 Suscrita en New York el 13 de diciembre de 2006. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007. En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

la libertad de tomar las propias decisiones (artículo 3)[11], y entre otros derechos que provienen de esta libertad, se consagran los de casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, decidir el número de hijos que quieren tener, y mantener su fertilidad (apartados a, b y c del artículo 23). En el ámbito del derecho a la salud, se dispone que se les debe proporcionar programas y atención de la salud, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (apartado a del artículo 25)[12].

DECIMONOVENO. En el inciso 2, artículo 12 de la Convención, se reconoce a los discapacitados que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Es por ello, que los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que para el ejercicio de esta capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos[13].

En el ámbito penal, la Convención contiene dos disposiciones. Una primera del artículo 14, referido a la persona discapacitada como sujeto activo del delito[14], que dispone que los Estados Partes aseguren que estas personas,

---

[11] En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha fijado como línea interpretativa en la STC N.° 2313-2009-HC/TC, f.j. 6: "La discapacidad mental no es sinónimo, prima facie, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad".

[12] En consideración al modelo social de la Convención, se critica el artículo 172 del CP en la redacción contenida con la Ley N.° 28704: "Esta norma claramente responde a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. La equiparación de la discapacidad mental a la minoría de edad es frecuente. Sin embargo, mientras en el caso la minoría de edad, las normas internacionales y nacionales reconocen limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, dicho enfoque es radicalmente dejado de lado bajo la lógica del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (...). En el marco del modelo social, donde prevalece la autonomía, cabe revisar la norma a efectos de no presumir la incapacidad de brindar consentimiento. [BREGAGLIO LAZARTE, Renata y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Ciudad de México: Ubijus editorial, 2017, p. 135-136].

[13] Además que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

[14] Ver: Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Ubijus, México, 2017.

privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a las garantías del derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La otra disposición es la del artículo 16, respecto a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito, en el que se prevé que los Estados Partes adopten legislaciones y políticas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra aquellas sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados, en aras de su protección.

VIGÉSIMO. La Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce los principios y derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y reitera la conceptualización de la discapacidad (artículo 2). En su artículo 9, garantiza que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. Y al igual que la citada Convención, se proporcionen salvaguardas para su ejercicio, ya que prescribe: el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones[15].

En lo atinente a la libertad sexual de los discapacitados, el párrafo final, del inciso 2, de este dispositivo, estipula que el Estado "garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad".

VIGESIMOPRIMERO. Si bien esta ley modificó diversas normas del ordenamiento jurídico[16], no contiene referencias expresas a la normatividad penal. Como se anotó, la Ley N.° 30838 que modificó el artículo 172 del CP, introdujo

---

[15] Las salvaguardas que en el ámbito interno se han establecido para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, han sido introducidas por el Decreto Legislativo N.-° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y establece diversas modificaciones al Código Civil y Código Procesal Civil.

[16] El Código Civil, la Ley General de Educación, la Ley Universitaria, la Ley General de Salud, la Ley de Radio y Televisión, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley General de Aduanas, el Decreto Ley 19846, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, y la Ley de la Carrera Judicial.

el elemento normativo y descriptivo[17] "libre consentimiento" en este dispositivo y en otras figuras delictivas: Violación sexual (artículo 170), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos "sin consentimiento" (artículo 176), o "sin el consentimiento de esta", como es el caso del acoso sexual (artículo 176-B). Si bien algunos proyectos de ley que se presentaron para la modificatoria de los artículos correspondientes al título de la violación de la libertad sexual, se basaron en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer[18], es evidente que el legislador tuvo en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la citada Convención y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con este instrumento normativo.

En cuanto al libre consentimiento, constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, quien es libre de tomar sus propias decisiones[19]. En ese sentido, si la víctima no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento.

VIGESIMOSEGUNDO. En atención a lo expuesto, una interpretación del artículo 172 del CP en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de

---

17 Es normativo, porque requiere para su determinación o interpretación una valoración ética o jurídica y, por tal motivo, un cierto grado de subjetivismo [Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 399], y es descriptivo, porque para precisar su contenido se requiere de conocimientos psicológicos o médico-psiquiátricos que están más allá de las valoraciones jurídicas. El Derecho no es la única rama del conocimiento que nos dice a quienes se les debe considerar como "impedidos de dar su libre consentimiento".

18 Proyectos de Ley N.° 1069/2016, N.° 2070/2017-CR, entre otros.

19 De acuerdo al modelo funcional de autodeterminación de Michael Wehmeyer, la autodeterminación es aquella conducta que lleva a la persona a actuar como el principal agente causal de sus acciones sin influencias o interferencias externas innecesarias. Peralta López, Feli; Arellano Torres, Araceli. La autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual: situación actual en España, Revista CES Psicología, vol. 7, núm. 2, Medellín, julio-diciembre, 2014, 59-77.

los hechos[20]; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido[21], esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

ANÁLISIS DEL CASO

VIGESIMOTERCERO. Como se ha indicado la sentencia de vista revocó la de primera instancia que condenó a Suárez Giraldo por el delito de violación sexual de persona con retardo mental –discapacidad intelectual–, y lo absolvió de los cargos.

VIGESIMOCUARTO. Para analizar el caso concreto, este Supremo Tribunal tiene en consideración que en la sentencia de primera instancia se declaró probado que la menor con iniciales A. M. A. G., tuvo acceso carnal por la vía vaginal, conforme a las conclusiones expuestas por la perito médico legista María Paula Coaquira Galindo, quien elaboró el Certificado Médico Legal N.° 986-L-DCLS, del 27 de marzo de 2015, pues se evidenció que presentaba signos de desfloración reciente.

---

[20] Es preciso que el agente del delito se aproveche, prevalga o abuse de dicha discapacidad para dar rienda suelta a sus instintos lascivos. Este abuso deliberado del agresor es el que también incrementa el contenido de reproche jurídico del delito. De esta manera, el modo con el que actúa el violador y la circunstancia especial de la persona discapacitada son los dos fundamentos sobre los que descansa la conducta descrita en el artículo 172 del CP. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que: "(...) precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, que el sujeto activo "abuse" del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso". [Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234].

[21] La Sala Plena de la Corte Suprema de Colombia (6 may. 2009, rad. 24055), ha señalado que: la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con las facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

También se declaró probado que la referida menor padece de retado mental de leve a moderado, conforme a las conclusiones expuestas en juicio oral por el médico cirujano Martín de los Milagros Ramos Mendoza respecto al certificado de discapacidad N.° 065-15 de dicha menor.

Asimismo, con lo referido por el perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, quien señaló que la menor evidenció un posible daño a nivel neurológico degenerativo. Y con la oralización de la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, del 14 y 24 de agosto de 2015, que estableció una edad clínica de la menor ubicable entre los siete a nueve años de edad, con un síndrome orgánico cerebral (epilepsias sin convulsiones) y de personalidad en estructuración.

VIGESIMOQUINTO. Se declaró probado además que de esta condición de discapacidad intelectual, tuvo conocimiento el acusado absuelto Suárez Giraldo. Ello con base al relato de la madre de la menor en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, donde refirió que el acusado sabía que su hija estaba mal, y lo vertido en juicio oral, pues refirió que dicho acusado concurría a su vivienda toda las mañanas a dar alimentos a sus animales (patos y gallinas) que tenía encargados.

VIGESIMOSEXTO. La Sala Penal de Apelaciones abordó la cuestión si la menor con iniciales A. M. A. G. estuvo impedida o no de dar su libre consentimiento sexual, con base en el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el inciso 2, artículo 9 de la Ley General de Personas con Discapacidad. La Sala concluyó que el Ministerio Público no demostró que dicha menor se encontraba en condiciones de decidir en su esfera sexual; y que por lo tanto, entendió que sí gozaba del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual.

Con relación a este punto, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una falacia o un error en su argumentación, pues sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que si la tenía; obviando la valoración de los otros medios de prueba como: i) el Protocolo de Pericia Sicológica N.° 004199-2015-PSC, del 23 de setiembre de 2015, en el cual, a la pregunta a la menor sobre si sabe que son relaciones sexuales respondió negativamente. Asimismo, no definió o explicó a qué se refiere con violación, solo señaló que son tocamientos, y concibió como un juego los besos del acusado y que le haya quitado la ropa; ii) la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, señala que adolece de conación, pues no es dueña de su voluntad, su edad mental se ubica clínicamente entre los siete a nueve años de edad, y se concluyó que

presenta una personalidad en estructuración, y recomendó que la menor continúe con tratamiento psiquiátrico y psicológico por el estrés postraumático.

VIGESIMOSÉTIMO. Asimismo, con base en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, del veintitrés de setiembre de dos mil quince, practicado a la menor, concluyó que las relaciones sexuales entre el acusado y ella fueron consentidas. Sin embargo, se aprecia que las conclusiones de la pericia sicológica no se corresponderían con el relato de la menor, quien señaló que no quería que le quiten la ropa, y que cuando el acusado le introdujo su pene en su vagina se sintió mal; relato que fue reiterado en su declaración del veintiocho de marzo de dos mil quince[22].

VIGESIMOCTAVO. En el caso en concreto, es evidente que la Sala Penal de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial, lo que determinó que efectúe una interpretación inadecuada del artículo 172 del CP, cuando aplicó el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta la interpretación realizada sobre el citado dispositivo legal.

VIGESIMONOVENO. Finalmente, de lo actuado aparece que Suárez Giraldo fue condenado el once de marzo de dos mil dieciséis por el Juzgado Penal Colegiado de Huaura a quince años de pena privativa de la libertad (foja 132), condena que fue ejecutada de inmediato, pues en dicha fecha se encontraba en un establecimiento penitenciario cumpliendo la medida de prisión preventiva desde el veintisiete de marzo de dos mil quince. En consecuencia, por los efectos de esta sentencia casatoria, retoma su condición de condenado, por lo que debe ordenarse su inmediata recaptura, cursándose los oficios correspondientes con tal fin.

---

22 En el Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CIJ-116, se fijó como criterio que el informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

79

§79. Violación de menor de edad

Recurso de nulidad	1959-2017-CUSCO
Fecha	25 de junio de 2018
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 173 del CP

RESUMEN:

El encausado, a la fecha de los hechos imputados (cuatro de junio de dos mil seis), tenía veinte años y nueve meses de edad, conforme se desprende de su ficha Reniec (foja cuarenta y seis), donde se verifica que nació el veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco; por lo que correspondería disminuir prudencialmente la pena a veinte años, conforme con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal vigente, al momento de los hechos.

FUNDAMENTOS:

VIGESIMOTERCERO. Pese a las versiones referidas por el encausado, se tiene las primigenias declaraciones incriminatorias de la agraviada, en calidad de testigo único; por lo que debe determinarse si dichas versiones revisten o carecen del mérito probatorio suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Es aplicable al presente caso el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116, el cual señala que este tipo de declaraciones deben someterse a tres garantías de certeza:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. b) Verosimilitud. c) Persistencia en la incriminación.

Garantías de certeza que se evidencian en el presente caso: **Ausencia de incredibilidad subjetiva**, como se indicó en los fundamentos precedentes, no se advierte que entre el encausado y la menor agraviada haya existido sentimientos espurios, de odio o animadversión. **Verosimilitud**; las declaraciones primigenias de la menor agraviada fueron brindadas con las garantías de ley, en las que esta narra con detalles cómo acontecieron los hechos imputados al encausado; las mismas que están rodeadas de corroboraciones periféricas de carácter objetiva que la dotan de aptitud probatoria; las mismas que se detallaron en los fundamentos precedentes. **Persistencia en la incriminación**, se advierten ciertos matices; sin embargo, el cambio de versión de la menor víctima, no inhabilita su apreciación judicial, conforme ha sido recogido en el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, conforme se hizo referencia en los fundamentos precedentes.

VIGESIMOCUARTO. De los actuados, se advierte que la defensa técnica del encausado Roger Choque Soto presentó el escrito de fojas 359, por el que dedujo excepción de cosa juzgada en aplicación del principio de no ser juzgado dos veces (en consideración que la Comunidad Campesina de Huayhuahuasi emitió pronunciamiento por estos hechos); el mismo que fue resuelto en sede plenarial de fojas trescientos sesenta y seis a trescientos setenta y cinco, en la que el fiscal emitió opinión al respecto y el Colegiado Superior declaró improcedente lo solicitado. Cabe precisar que no existe en el expediente documento que acredite que la comunidad haya resuelto este hecho que es materia de juzgamiento (violación de una menor de edad); más aún, debe considerarse que este hecho no puede ser de conocimiento de las comunidades campesinas, sino que debe ser juzgado y resuelto por la justicia ordinaria.

Por consiguiente, lo sostenido por la defensa técnica del encausado son meros argumentos de defensa; los cuales han quedado desvirtuados con las pruebas antes acotadas, actuadas y valoradas en el proceso; por lo cual, se ha logrado acreditar fehacientemente la responsabilidad del encausado Roger Choque Soto, en los hechos imputados; desvirtuando la presunción de inocencia que asiste al imputado; por lo que corresponde mantener la condena impuesta en la sentencia venida en grado.

VIGESIMOQUINTO. Este Tribunal Supremo, respecto a la pena impuesta, debe considerar lo siguiente:

25.1. Al respecto, el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, en sus fundamentos 6 y 7, sostiene que:

> La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión

> que debe adoptar un juez penal. En doctrina también recibe otras denominaciones como "individualización judicial de la pena" o "dosificación de la pena". [...] El legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello, se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII, del Título Preliminar, del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

25.2. Por su parte, el Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116, en su fundamento 13, señala:

> La determinación judicial de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al juez.

VIGESIMOSEXTO. El Colegiado Superior, para imponer la pena, consideró las normas previstas en los artículos VII, VII y IV del Título Preliminar del Código Penal; la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena; el propósito de la rehabilitación social, habida cuenta que este principio reposa en la mínima intervención del Estado, por lo que la pena solicitada por el Ministerio Público –treinta años–, debe ser disminuida, dentro de los estándares de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

VIGESIMOSÉTIMO. Este Tribunal Supremo advierte que el Colegiado Superior, al momento de determinar la pena al encausado Roger Choque Soto, no consideró que el delito penal imputado al encausado establece la pena

privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años; en el expediente se advierte como circunstancia atenuante que el encausado no registra antecedentes penales, conforme se desprende del certificado de fojas diecisiete; y al no advertirse circunstancias agravantes, correspondería imponer la pena dentro del **tercio inferior**, conforme con lo establecido en el artículo 45-A, inciso 2, apartado a. A ello, debió considerarse que el encausado, a la fecha de los hechos imputados (cuatro de junio de dos mil seis), tenía *veinte años* y nueve meses de edad, conforme se desprende de su ficha Reniec (foja cuarenta y seis), en el que se verifica que nació el veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco; por lo que correspondería disminuir prudencialmente la pena a veinte años, conforme con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal vigente, al momento de los hechos. Se debe considerar que existe jurisprudencia uniforme reciente en torno a inaplicar lo expuesto en el segundo párrafo de dicha norma, por lo que consideramos que en el presente caso tampoco se aplicaría la mencionada excepción a la atenuación de la pena, conforme con el principio de proporcionalidad y culpabilidad.

VIGESIMOCTAVO. A ello se tiene que de la sesión de juicio oral (foja trescientos noventa), se desprende que el encausado Choque Soto no se acogió a la conclusión anticipada; por lo que no corresponde aplicar dicho beneficio.

En atención a lo expuesto, la pena impuesta por el Colegiado Superior (treinta años), debe modificarse a veinte años de pena privativa de libertad.

VIGESIMONOVENO. Respecto al monto de la reparación civil, debe tenerse en cuenta que esta comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, conforme lo establece el artículo 93 del Código Penal; es decir, debe guardar proporción con los bienes jurídicos afectados. Así, advirtiéndose que en el presente caso se afectó el bien jurídico, indemnidad sexual de una menor de edad de doce años y cuatro meses, aproximadamente; que, el Fiscal Superior, en su acusación (foja ciento sesenta y cinco) solicitó se imponga el pago de tres mil soles por este concepto. La Sala Penal Superior, en la sentencia de vista, fijó dos mil doscientos soles a favor de la agraviada, que deberá pagar el encausado Roger Choque Soto; ello producto del descuento de los ochocientos soles recibidos como parte de pago en este extremo, por transacción extrajudicial de fojas ciento catorce; suma dineraria que este Tribunal Supremo considera razonable; por lo que debe mantenerse.

TRIGÉSIMO. Asimismo, se advierte que el Colegiado Superior dispuso que el encausado sea sometido, previo examen médico y psicológico, a tratamiento terapéutico, a fin de facilitar su readaptación social; lo cual resulta

conforme a ley, pues el primer párrafo, del artículo 178-A, del Código Penal, se establece que: "El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo (violación de la libertad sexual), previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, será sometido a tratamiento terapéutico, a fin de facilitar su readaptación social". Por tanto, lo dispuesto por el referido Colegiado debe mantenerse.

B. PROXENETISMO

80

§80. Favorecimiento a la prostitución

Recurso de nulidad	1659-2018-HUÁNUCO
Fecha	18 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 179 del CP

RESUMEN:

El tipo penal reprime los actos de cooperación, asistencia o colaboración en el ejercicio de la prostitución, los que pueden materializarse en la búsqueda de clientes o en el suministro de espacios donde se pueda ejercer el meretricio. Esta situación se agrava si la afectada es menor de edad.

No exige un constreñimiento ni el ejercicio de la violencia para que la víctima ejerza esta actividad, pues de presentarse estas circunstancias se configuraría otra figura delictiva, esto es, el proxenetismo.

FUNDAMENTOS:

SÉPTIMO. Aunque no se determinó que el sujeto activo conociera la edad exacta de la víctima, sí se acreditó que aquel sabía de su minoría de edad, pues en su manifestación rendida a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor, declaró que se entrevistó con la menor, consultándole sobre el permiso de su mamá; incluso le replicó que no quería tener problemas con la policía ni con su familia, especificaciones que no

hubiera tenido que efectuar si hubiera pensado que aquella contaba con mayoría de edad. Esto no es relevante para la configuración del tipo penal, que se acredita con los actos de favorecimiento a la prostitución, sino para la concurrencia de la agravante del inciso 1 del artículo 179 del Código Penal, referido a la colaboración de actos de prostitución de un menor de edad.

OCTAVO. Los agravios defensivos deben ser rechazados. Lo glosado en los fundamentos jurídicos anteriores es suficiente para estimar que el imputado coadyuvó en la prostitución de la menor de iniciales G. M. V. P. a cambio de una retribución económica –recibía un sueldo por encargarse de recibir a las meretrices, otorgarles una habitación, darles alimentación, y cobrar a los potenciales usuarios y a las trabajadoras sexuales por el especio que ocupaban–. Es irrelevante para el objeto de debate que la agraviada hubiera tenido relaciones sexuales con otras personas previamente a la data del presente evento delictivo, y la figura penal no exige para su configuración que se genere en la víctima una afectación psicológica ni un daño moral.

Se cumplió con las exigencias del artículo 285 del Código de Procedimientos Penales y la prueba aportada es suficiente para destruir la presunción de inocencia que asistía al recurrente Eflín Córdova Díaz.

NOVENO. El tipo penal aplicable es el previsto por el artículo 179, inciso 1, del Código Penal, que reprime el favorecimiento a la prostitución de una menor de edad con una pena privativa de libertad que oscila entre los cinco a doce años. Luego, como la intensidad del reproche es mayor por la edad de la víctima –no es lo mismo favorecer a la prostitución de una joven de diecisiete años que de una menor de trece años– y la conducta se ejecutó por un móvil lucrativo, la pena fijada en el extremo mínimo del tercio intermedio es acorde a ley.

La reparación civil no ha sido cuestionada por el sujeto legitimado ni por el encausado, por lo que, a tono con su naturaleza privada y los principios dispositivo y de congruencia que la informan, corresponde declarar la conformidad del monto fijado por el Tribunal Superior.

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO A. HURTO

A. HURTO

81

§81. Delito de Hurto

Acuerdo Plenario	4-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo, Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 186° y 144° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 12°

RESUMEN:

*Las agravantes del delito de hurto agravado requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, **a excepción del elemento "valor pecuniario"**, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa.*

*De esta manera, el criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple, la misma que no se extiende a los supuestos agravados. Por tanto, **el hurto agravado no requiere del requisito del quantum del valor del bien para su configuración**; motivo por el cual no resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186° CP.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** Actualmente coexisten en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, posiciones discrepantes en torno a si resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto (equivalente a una remuneración mínima vital, según el artículo 444° del Código Penal -en adelante, CP-) para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186° CP.

7°. Dos son las posiciones en discordia. La primera se pronuncia a favor de la observancia del valor del bien mueble sustraído para la configuración del tipo penal agravado, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos

A. Se respeta el principio de legalidad -principio pilar de nuestro Estado de Derecho-, así como la teoría del tipo, específicamente las funciones del tipo, que cumplen una función garantizadora, ya que el hurto agravado exige la concurrencia de todos los elementos del hurto simple, incluyendo el monto del objeto de acción, por lo que en el supuesto de no concurrir dicha circunstancia se estaría ante un supuesto de falta.

B. Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última *ratio* y mínima intervención.

8°. La segunda posición defiende la autonomía del hurto agravado frente a la exigencia de que el bien mueble objeto del delito alcance una cuantía superior a una remuneración mínima vital. Plantea los siguientes argumentos:

A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.

B. En irrestricto respeto del principio de legalidad -base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444° CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185° CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186° CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.

C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP:

9°. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186° CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento "valor pecuniario", pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185° CP) y daños (artículo 205° CP), conforme lo estipula el artículo 444° CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados. Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24), literal d), de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia* -prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales-, *lex scripta* -se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular), y *lex stricta* -determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica [Cfr. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano*. En Revista Institucional N° 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate.

10°. Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes:

A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder generaría una sanción leve y no equivalente con la voluntad lesiva del agente.

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito.

C. En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [Cfr. JORGE LUIS SALAS ARENAS y otro: *Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II)*. En Revista Gaceta de la OCMA. Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11].

11°. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Cfr. HAMILTON CASTRO TRIGOSO: *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía. Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última *ratio* del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 845].

12°. Con acierto QUINTERO OLIVARES, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en éste y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [Cfr. GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482]." (Sic).

82

§82. Delito de hurto de espectro electromagnético. Aspectos dogmáticos y probatorios

Casación	234-2017-LA LIBERTAD
Fecha	05 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 185º y 186º, numeral 7,CP.

RESUMEN:

El artículo 185º del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429º, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas:

Primero. Los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radioeléctrico (artículos 185º y 186º, numeral

7, del Código Penal).

Segundo. La existencia o no de una prueba ilícita en relación a la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.

Tercero. La correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación al principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.

Cuarto. La presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186°, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado Rebaza López cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio.

No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislador. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como "*aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala*" (Salinas Siacha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85). El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radioeléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.

El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente «toma para si» -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar hondas sin la autorización del Estado.

Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego, toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.

Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de «ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta» se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO. Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación a la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Camón la medida de allanamiento e incautación, requerimiento

que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821 -2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece.

En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Camón- La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado Rebaza López. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.

Es verdad que en la parte resolutiva solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutiva- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo.

En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor Egoavil Sobrevilla, con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.

Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86º y 96º-98º, en concordancia con el artículo 77º, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaría-.

Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la

propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional).

Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: "*no siempre es posible saber quién es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo*" (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis).

Incluso el error en el numero de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado -así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutiva pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional. El motivo debe desestimarse.

CUARTO. Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:

1. La acusación escrita de fajas noventa y siete, en su Sección 11 "Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado", puntualizó que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara — distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor Edgar Egoavil Sobrevilla. en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron

un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado Rebaza López.

2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación —en el alegato de apertura o preliminar— de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado Rebaza López era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).

3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación *"...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como propietario al acusado"*. Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.

QUINTO. Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita —los hechos básicos— (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) —está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)—. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.

En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción —indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos—, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia —que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva— o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) —siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias "contra reo" sean asumidas por la fiscalía—.

Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado Rebaza López tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar —muchos años atrás—, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatorio es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia —lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)—.

Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.

SEXTO. Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo

sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:

1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución Directoral número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a "prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización" y la segunda se circunscribió a "prestación de frecuenta del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización".

2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fajas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.

3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado Rebaza López —no se probó que era propietario de la estación intervenida— y sancionó, por el contrario, a Luis Alberto Pereda Carbajal, quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de

ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.

SÉPTIMO. Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal —este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]—, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia —la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme—.

La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrador es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados —distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al *"ne bis in ídem"* será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos "unidad de fundamento" o de bien jurídico tutelado—.

OCTAVO. Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado Rebaza López tenía el control de la estación concernida al momento de la intervención administrativa, según los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con Luis Alberto Pereda Carbajal —de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno— por no ser conforme con la legislación sobre la materia.

La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado Rebaza López era propietario de la estación intervenida —los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas—. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.

NOVENO. Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención

administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético. Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal —según los casos—. Pereda Carbajal aceptó esa calidad en sede administrativa —fue sancionado y no impugnó la multa impuesta—; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida —así fluye de los escritos anexos al escrito de fajas doscientos cincuenta y dos, auto de fajas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional—. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado Rebaza López tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente —él o a través de otras personas a su servicio— el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.

El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433° numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fiscal.

83

§83. Circunstancia agravante por nocturnidad

Recurso de Nulidad	3936-2013 – ICA
Fecha	31 de julio de 2014
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 186 del CP

RESUMEN:

Para verificar si la circunstancia agravante de nocturnidad se configura, debe utilizarse de lege data el criterio cronológico.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1: Según la acusación fiscal (folios noventa y siete a ciento dos), los hechos fueron subsumidos en el delito de robo agravado por nocturnidad y pluralidad. En la sentencia recurrida figura que el sustento de la desvinculación fue la no acreditación de violencia en perjuicio de la agraviada, subsistiendo ambas agravantes, pero en el delito de hurto.

2.2: El encausado cuestionó la configuración de la agravante por nocturnidad al haber sucedido los hechos a las dieciocho horas, tiempo que estima está comprendido dentro del periodo estimado como parte de la tarde y no de la noche.

2.3: La denominación expresa del tipo "durante la noche" debe entenderse desde la perspectiva cronológica-astronómica, y no teleológico-funcional. Por ello,

la noche se define como aquel periodo durante el que una parte del globo terrestre deja de recibir luz solar, por ende, permanece en oscuridad.

2.4: Al haberse perpetrado el ilícito aproximadamente a las dieciocho horas, que se produjo al final del segundo periodo del día, es decir, la tarde; cuando el sol se oculta, pero aún permanece, por lo que debe considerarse que no se instaló la noche y al no haber oscuridad por ausencia total del sol, la agravante no se configuró. Por ello, el agravio esgrimido en este caso es razonable.

2.5: Sin embargo, tal consideración no incide en la dimensión de la pena cuestionada, debido a que la conducta del encausado está circunstanciada por haber estado acompañado de otras personas de sexo masculino, para así facilitar la finalidad de sustracción, al mermar o aminorar las defensas de la víctima. Criterio que, en todo caso, se suma a los factores tomados en cuenta por la Sala Superior Penal, en el acápite sexto de la recurrida, al momento de determinar la pena como la responsabilidad restringida y la carencia de antecedentes penales. Este Supremo Colegiado estima que la privación de su libertad efectiva servirá de oportunidad al encausado para ser sometido a tratamiento, estando vigente su derecho a someterse a los beneficios penitenciarios que le correspondiera con arreglo a ley.

2.6: Finalmente, cabe señalar que los integrantes de la Sala Superior Penal, al motivar la subsunción de los hechos al tipo penal (por desvinculación), debieron abordar cabalmente lo señalado en el acápite 2.4; por lo que, por única vez, se le insta a cumplir con la función jurisdiccional de garantizador de un proceso justo. En mérito a lo acotado, este Tribunal Supremo considera que la pena impuesta es proporcional y debe confirmarse.

B. ROBO

84

§84. El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo

Acuerdo Plenario	5-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 189.3 CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 18°

RESUMEN:

La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

FUNDAMENTOS:

9º La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3) del artículo 189º del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo "a mano armada". Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe "amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física" (se entiende del sujeto pasivo).

En el artículo 188º se alude a una amenaza inminente, de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad. Se hallan afuera, por tanto, las advertencias de inferir males de menor connotación y las amenazas absurdas.

10º Según la perspectiva objetiva, la "amenaza inminente" ha de recaer sobre específicos bienes jurídicos personalísimos: vida o integridad corporal, desde luego puede tratarse de la vida o integridad de la propia víctima o de la vida o integridad de otra persona a quien la víctima proteja al someterse a la intimidación del sujeto activo *(vis compulsiva)* debe ser cierta (real, auténtica). Debido a ello, el mal anunciado a la víctima ha de ser grave, es decir, debe poner efectivamente en riesgo próximo la vida o la integridad física.

Si la descripción normativa "mano armada" se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma auténtica y funcional), la amenaza con arma de utilería o un juguete bélico semejante no sería cierta y, por tanto, al no ser factible con ella la afectación de la vida o integridad física, tampoco habría inminencia. Así, la postura objetiva respecto del arma –que exige el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, (vida o la integridad personal), como consecuencia del uso de la misma, y no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor, como postula la jurisprudencia española en atención a su ordenamiento penal *(Conforme: STSE 1401/1999, de ocho de febrero de 2000)* – no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas.

Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

11º Como se ha anotado, desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del

sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado ex post, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

12º El significado del "arma" es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza; a lo que se agrega el concepto de alevosía, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor, situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial. Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía –más grave aún si se produce el ataque por la espalda–, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía; y, b) la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía, por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

En algunos casos se tratará de alevosía proditoria (el acechar a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percatarse del ataque hasta el momento del hecho) y en otros de alevosía sorpresiva (en que el agente no se oculta pero no trasluce sus afanes sino hasta el instante mismo de la agresión).

En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán como reacción natural frente al atentado amenazante.

13º El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar a priori –salvo se trate de persona especializada y según la circunstancias- su autenticidad, si se encuentra, o no, cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

14º En la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado "Q" denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO; se describe un modo de actuar que revela diáfanamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía15 y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

En el ordenamiento penal peruano no existía una previsión general de tal naturaleza y se hallaba la alevosía única y directamente vinculada al homicidio calificado (artículo 108.3 del CP).

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano, señala como una circunstancia genérica de agravación, el "*ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la*

víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe"; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados "a mano armada", por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

Cabe resaltar que en la Ley N° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o símiles de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que "las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real" y "no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada".

15° En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer a priori si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad).

16° A mayor abundamiento, en el artículo 189°.C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente "hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal", con lo que el legislador asumió el sentido amplio de "arma" y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder del agente que sustrae ganado, valiéndose de tales elementos.

Resultaría paradójico que se pudiera entender como "arma" en general o, "arma de fuego" en particular, únicamente al arma auténtica y funcional para el supuesto de asalto a las personas para despojar a las víctimas de

cualquier bien que no sea ganado; pero cuando se configurare un supuesto de abigeato, se tuviera que entender que cualquier instrumento que pudiere servir como arma (útil para configurar la alevosía del agente) deberá ser considerado como tal y calificar la conducta como delito agravado. Se generaría así un doble estándar de aplicación de la propia ley en materia de robo, diferenciada sin motivo atendible por la naturaleza del bien material sustraído. Se generaría por interpretación una protección especial al patrimonio ganadero, diferente a la que corresponde a la persona (de cualquier edad o condición) que no lo es.

17º Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquela quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma. Por tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3° del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

Respecto al delito de tenencia ilícita de armas de fuego

18º Es de resaltar que las valoraciones sobre autenticidad y funcionabilidad de armas de fuego son atendibles y exigibles en el específico caso de los delitos de tenencia ilícita de armas de fuego (artículo 279° del Código Penal).

85

§85. El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo

Acuerdo Plenario	3-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 122°, 188°, 189° y 441° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

La acción típica del delito de robo con muerte subsecuente se realiza ***cuando el agente*** *-como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento-* ***le ocasiona o le produce la muerte al sujeto pasivo; resultado obtenido culposamente, pero que pudo ser previsto y evitado por el autor del delito****.*

Se diferencia del asesinato para facilitar otro delito en que en éste el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; y del asesinato para ocultar otro delito, en que en esta situación el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Por lo tanto, los elementos subjetivos son diferentes.

Por otro lado, ***la agravante de las lesiones en el delito de robo hace necesario el análisis en cada caso concreto****, en tanto es desde las características y la entidad de las lesiones producidas a la víctima, que se determinará cuándo se está*

ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP. En este sentido, debe entenderse que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP no comprende toda clases de lesiones; sino que, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, mientras que Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

FUNDAMENTOS:

"**Planteamiento del primer problema:**

6°. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

> **Artículo 108° CP:** *"Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:*
>
> ***2.** Para facilitar u ocultar otro delito".*
>
> **Artículo 189° (último párrafo) CP:** *"La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...".*

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

Análisis del primer caso:

7°. El artículo 189° *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos

propios de violencia o *vis in corpore*- le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

8°. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente,

en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

Planteamiento del segundo problema:

9°. El artículo 189°, último párrafo, CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188° CP –modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001-, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP.

Análisis del segundo caso:

10°. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo - han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda

obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física "*vis in corpore*" –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad-; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues ésta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

11°. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto sólo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.* Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine del* artículo 189° CP.

12°. En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los

artículos 441° (lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, **(i)** si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; **(ii)** si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

13°. Es necesario señalar que el artículo 441° CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo-hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él esta referido a que "...*no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito*". Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las "circunstancias que dan gravedad al hecho" respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia

que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar "*a mano armada*"." (Sic.)

86

§86. Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.

Acuerdo Plenario	8-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 189° y 317° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 9°

RESUMEN:

La pluralidad de agentes a la que hace referencia en el inciso 4) del primer párrafo del art. 189° del CP alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es ***circunstancial y no permanente****. Quiere decir que dicho inciso regula un* ***supuesto básico de coautoría o coparticipación****, que se caracteriza por que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua.* ***Distinta naturaleza se presenta en la agravante que contempla el último párrafo del citado artículo****, en tanto hace referencia a un* ***proceder singular o plural de quien es integrante de una organización criminal****.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189° del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea esta de estructura jerárquica - vertical o flexible - horizontal.

7°. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189° del Código Sustantivo se aplicara, únicamente cuando no exista esa conexión con los agentes -en número mínimo de dos- con una organización criminal.

8°. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317° del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.

9°. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas «grupo central>> o la < red criminal>>. En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317° del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos."

87

§87. Robo agravado: Es posible acreditar la preexistencia del bien sustraído sin presentar boleta o factura

Recurso de Nulidad	114-2014- LORETO
Fecha	22 de septiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts 188 y 189 del CP.

RESUMEN:

Aun cuando no exista boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía del mismo, es válido el juicio que tiene por acreditada la preexistencia del bien sustraído, que se asiente en prueba personal.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que tal como lo hemos señalado, existen otras pruebas que corroboran la participación de los procesados en el evento delictivo, como son:

i) La declaración oportuna, detallada, circunscrita y coherente, de la agraviada Karen Mirella Zevallos Tarazona, quien en sede preliminar y ratificada en sede plenaria formula cargos directos contra los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy —véase folios nueve y doscientos noventa, respectivamente—, y el /acta de reconocimiento de persona —obrante a folios veintiséis, llevada a cabo en presencia del representante del Ministerio Público—, quien en lo esencial señaló que fue asaltada por tres sujetos, sindicando al menor Shanker Vijhay Laiche Vílchez como la persona que le arrebató su

celular y amenazó con un cuchillo, mientras que los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy esperaban al menor a bordo de una motocar en el que se dieron a la fuga;

ii) Esa misma versión la corrobora la testigo Elva Karina Isem Flores, en sede preliminar de fojas once, quien sostiene que llegaron tres personas en una motocar; luego uno de los ocupantes se bajó, se les acercó y metió una cachetada a su amiga, logrando arrebatarle su celular para luego amenazarlas con un cuchillo;

iii) El atestado policial Nº 85-10-V-DITERPOL/RPL-CPNP-PUNCHANA, obrante a folios dos, que da cuenta de la ocurrencia número mil veintitrés, efectuada por el efectivo policial Jack Soria Panduro, en la que se consignó la intervención policial de los procesados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy. Indica el efectivo policial interviniente que cuando se encontraba de apoyo en la unidad móvil de Serenazgo, a mérito de una llamada telefónica, le comunicaron que se había producido un asalto, por lo que procedió a la búsqueda de los malhechores y con ayuda de los pobladores de la zona lograron la captura de los antes mencionados, conjuntamente con un menor de edad. Agregó, además, que una vez en la comisaría la agraviada reconoció a las personas intervenidas;

¡v) El certificado médico legal número cero tres seis siete tres guion L, obrante a folios treinta y cinco y ratificado en el plenario a folios doscientos ochenta y cuatro, mediante los cuales se acreditan las lesiones sufridas por la agraviada Karen Mirella Zevallos Tarazona, a consecuencia del robo. Pruebas que conjuntamente valoradas confirman la versión de la agraviada y la sindicación que efectúa contra los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy.

QUINTO: Que en cuanto al agravio expresado por los recurrentes, respecto a la no acreditación de la preexistencia de los bienes sustraídos por medio documental, ha de tenerse en cuenta el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente número 0198-2005-HC/TC, del dieciocho de febrero de dos mil cinco, donde expresó que: "Respecto al alegato del recurrente de que no se habría demostrado la preexistencia del bien materia del delito, este Colegiado considera que aun cuando el derecho a la prueba constituye un elemento del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza el imputado; en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional —sana crítica—. En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios,

sin que estos tengan asignado un valor predeterminado"; de modo que, aun cuando no exista boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía del mismo, es válido el juicio que tiene por acreditada la preexistencia del bien sustraído, que se asiente en prueba personal, de tal forma de que en el presente caso cumplen dicha finalidad probatoria la declaración testimonial del menor de edad Shanker Vijhay Laiche Vílchez, quien ha aceptado haber robado el celular a la agraviada; las declaraciones de la agraviada, quien en todo momento, a nivel policial y judicial ha señalado haber sido objeto del robo de su celular, la declaración de la testigo Elva Karina Isern Flores, quien señaló haber observado cómo le arrebataban el celular a la agraviada, así como el acta de registro personal efectuada al menor Laiche Vílchez en el que se consigna que se le encontró en su poder el celular de la agraviada.

SEXTO: Finalmente, es preciso señalar que de la revisión de los autos se advierte que los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy, si bien fueron acusados en calidad de autores del delito de robo agravado, en grado de tentativa, también lo es que el señor Fiscal afirmó que la intervención delictiva de los encausados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy (sostenida en su presentación de cargos inicial del plenario de fojas ciento ochenta y ocho, del ocho de julio del dos mil trece) fue en calidad de cómplices, por lo que integró su acusación, la misma que se mantuvo en la acusación oral de fojas doscientos noventa y siete, del diez de octubre de dos mil trece; y si bien la Sala los condenó como autores, no obstante ello de modo alguno puede importar la anulación de la causa, pues se trata, evidentemente, de un error material; por lo que analizando el caso de autos a la luz de los agravios expuestos por los procesados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy, se tiene que nuestro ordenamiento penal distingue entre autores y partícipes, definiendo al primero como aquel que realiza el hecho y del que se puede afirmar que es suyo, mientras que la complicidad puede ser primaria —conocida comúnmente como necesaria—, puesto que su contribución resulta ser determinante para la ejecución del delito; caso contrario en lo que sucede con la complicidad secundaria, en tanto la colaboración del partícipe no es necesaria y aun cuando el autor prescinda de su participación, la comisión del delito no se verá afectada. En este contexto, se aprecia que los encausados no tuvieron el dominio del hecho, pero su participación fue determinante para la resolución criminal, de ahí su calidad de cómplices primarios, pues movilizaron al ejecutor material, acompañaron además a quien sustrajo el celular, huyendo conjuntamente con él. Que dicha variación de su calidad de autores a cómplices primarios no crea indefensión material en los imputados, pues los cargos fueron

claramente expuestos, y sobre ellos se defendieron. No correspondiéndoles una pena menor a la expedida por el Tribunal Superior, en tanto la sanción impuesta resulta ser extremadamente benigna; sin embargo, esta no puede ser incrementada al no haber impugnado el representante del Ministerio Público, en concordancia con el principio de interdicción a la "reformatio in peius".

88

§88. Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión

Recurso de nulidad	3932-2004-AMAZONAS
Fecha	17 de febrero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 188° y 189° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5° considerando

RESUMEN:

*En el delito de robo, **cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación y tenga como consecuencia la muerte de la víctima, la conducta del agresor quedará circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso-, produciéndose** de esa forma un **concurso real** de delitos. No obstante, si la muerte la ocasionó el agente con la finalidad de obtener la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, el hecho delictivo constituirá delito de asesinato.*

FUNDAMENTOS:

"***QUINTO:*** Que para evaluar el caso sub judice, esta Suprema Sala considera necesario hacer precisiones en relación a dos circunstancias: ***a)*** **La determinación del momento en que se consuma el delito de robo agravado y, *b)* Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito.**

Que respecto de la ***primera*** es de precisar: Que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con ánimus lucrandi, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima ***(vis absoluta o vis corporales y vis compulsiva)***, destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser éstas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo.

Que en cuanto a la ***segunda*** cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso-, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que, sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato (Ver José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio. Ediciones Juris. Lima mil novecientos noventa y cinco, páginas cincuenta y nueve y sesenta)".

89

§89. Momento de la consumación en el delito de robo

Sentencia Plenaria	1-2005/DJ-301-A
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Gonzáles Campos y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega, Príncipe Trujillo y Balcazar Zelada
Disposiciones estudiadas	Art. 188º del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 10°

RESUMEN:

El criterio para identificar la consumación en el delito de robo se sitúa en el ***momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical****, es decir, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. El resultado típico de tener la cosa bajo su poder de facto se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la ella actos de disposición.* ***Será irrelevante el tiempo*** *durante el cual que el agente mantiene dicha posibilidad, lográndose la consumación aún cuando sólo sea por un breve tiempo.*

FUNDAMENTOS:

"6º. El delito de hurto fija los criterios esenciales para determinar la consumación del delito de robo, en tanto que este último delito coincide en sus elementos típicos básicos con el primero –el bien jurídico afectado es el mismo: el patrimonio-, y la diferencia deriva del hecho de que requiere la presencia de violencia o amenaza –intimidación- contra la persona, en

tanto que constituye una forma calificante con respecto al hurto. El robo, como añadido, exige dos condiciones: la acción, en la violencia o amenaza ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal, en virtud del cual los actos de violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa.

7°. El delito de hurto, al igual que el delito de robo, desde la perspectiva objetiva, exige que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (confrontar: artículos 185° y 188° del Código Penal). El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el iter criminis, la consumación y la tentativa. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: ***a)*** El 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. A estos efectos, según el artículo 185° del Código Penal, se requiere de la sustracción de la cosa, esto es, la separación de la custodia de la cosa de su titular y la incorporación a la del agente.

8°. La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa –adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho –resultado típico- se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

9°. Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa -de realizar materialmente sobre ella actos dispositivitos- permite desestimar de plano teorías clásicas como la aprehensio o contrectatio -que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la amotío –que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido

trasladada o movida de lugar- y la ilatio –que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor-; y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la ablatio - que importa 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.

10°. Por consiguiente, **la consumación** en estos casos **viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída** -de inicio sólo será tentativa cuando no llega a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes-. Disponibilidad que, más que real y efectiva -que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito- debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: ***a)*** Si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; ***b)*** si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, ***c)*** si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos." (Sic.)

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

1. No comparto los fundamentos de la presente Sentencia Plenaria y, por el contrario, considero que el criterio debe presidir la diferenciación entre consumación y tentativa en los delitos de robo agravado es, propiamente, la amotio. Por tanto, basta que el sujeto activo, luego de utilizar violencia o amenaza, se apodere de la cosa, la toma para sí y la remueva, esto es, la traslade o mueva de lugar. La acción de apoderamiento, en este caso, quedará consumada con ese hecho, por lo que no hace falta que el autor pueda disponer efectiva o potencialmente de la cosa sustraída, pues con la remoción ya se afectó la esfera de custodia del afectado.

2. En tal virtud, MI VOTO es porque en los delitos de robo el momento consumativo tiene lugar cuando el agente toma para sí la cosa y la remueva o traslade de lugar, sin que a ello sea trascendente que tenga la disposición, real o potencial, de la misma.

90

§90. Robo agravado

Recurso de nulidad	1324-2016-LIMA SUR
Fecha	28 de setiembre de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo, Chaves Zapater, Calderón Castillo, Ventura Cueva.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

No advirtiendo razones objetivas que invaliden la sindicación del agraviado; su testimonio y reconocimiento son prueba válida de cargo y, por ende, tienen virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia que asiste al procesado, tanto más si las declaraciones están corroboradas con otros medios periféricos que dotan de credibilidad la incriminación señalada.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

PRIMERO. Conforme con el dictamen acusatorio (folio setecientos cincuenta y seis), se imputa a Eloy Arturo Arévalo Gonzales ser coautor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, debido a que el quince de octubre de dos mil doce, a las trece horas, cuando el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo se encontraba en el interior del vehículo (camión marca Mitsubishi de placa de rodaje C2K-807 de propiedad de Richard Auccacusi Huamán), estacionado en el paradero de camiones (entre la avenida Pachacútec y la avenida El Sol, del distrito de Villa El Salvador), se acercó Martín Leonardo Grandez y

le solicitó trasladar una comprensora desde Lurín hacia el Terminal Pesquero, en el distrito de Villa María del Triunfo. En el trayecto, llegaron a unas chacras, donde al efectuar una maniobra para voltear se percató que pasó una moto, y de forma sorpresiva, entre los arbustos, salieron tres personas, entre ellos, Eloy Arturo Arévalo Gonzales. Dos sujetos sujetaron al agraviado del cuello, mientras Eloy Arturo Arévalo Gonzales abría la puerta del chofer y apuntó con un arma de fuego a la víctima, y procedió a bajarlo del vehículo. Ataron de pies y manos al agraviado, taparon sus ojos, la boca, y lo lanzaron a una acequia de la zona. Seguidamente, se llevaron el camión y lo escondieron en una cochera ubicada en la urbanización San Benito de Palermo, manzana J, lote siete, en el Callao, donde fue desmantelado.

SEGUNDO. El abogado defensor del imputado fundamentó el recurso de nulidad (fojas dos mil ciento sesenta), en que:

2.1. El único testigo presencial de los hechos fue Néstor Emilio Kjuno Suyllo, chofer del vehículo; pues el dueño del mismo se enteró de lo sucedido por medio del citado conductor.

2.2. El testigo Kjuno Suyllo no asistió al juicio oral. Este testigo, a nivel preliminar, brinda características físicas distintas a las del encausado Arévalo Gonzales.

2.3. El acta de reconocimiento físico actuado por el chofer del vehículo no cumplió con las formalidades de ley.

2.4. La versión del imputado es uniforme a lo largo del proceso.

TERCERO. El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de 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, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco.

CUARTO. Del estudio y análisis de lo actuado, se aprecia que la comisión del delito de robo agravado está acreditada con los siguientes medios probatorios:

4.1. La declaración del agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo a nivel preliminar (fojas noventa y nueve), quien relató cómo sucedieron los hechos en su perjuicio.

4.2. El acta de reconocimiento físico (folio ciento dieciocho), efectuado por el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo, en el cual reconoció directamente al encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales como quien abrió la puerta del camión y le apuntó con un arma de fuego para después bajarlo del vehículo.

4.3. Asimismo, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento quince), efectuado al vehículo de placa de rodaje C1P guion quinientos cuarenta y tres, en el cual se intervino al imputado Eloy Arturo Arévalo Gonzales (quien estuvo acompañado de Jimmy Francisco Uriarte Gonzales, Martín Leonardo Grandez y Víctor Jonathan Almonacid Flores). En la guantera del referido vehículo se encontró una llave de contacto con mango con el logotipo Mitsubishi que pertenecía al vehículo de placa C2K-807 (vehículo de propiedad del agraviado Richard Auccacusi Huamán que le fue sustraído el quince de octubre dos mil doce al chofer Néstor Emilio Kjuno Suyllo).

4.4. Del mismo modo, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento diecisiete), en la que se dejó constancia de que se verificó que la llave de contacto con mango con el logotipo Mitsubishi abrió la puerta del vehículo camión de placa de rodaje C2K-807.

4.5. De la misma manera, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento trece), efectuada a Eloy Arturo Arévalo Gonzales, en el cual se detalla que cuando fue intervenido se le encontró en poder de una guía de remisión de transportista N.° 000051 con las iniciales Servicios Múltiples Richard de propiedad de Richard Auccacusi Huamán con manuscrito placa de rodaje C2K-807.

4.6. Asimismo, la pericia físico química número setecientos cuarenta y tres oblicua dos mil doce (folio cuatrocientos veintitrés), concluyó que el vehículo camión grúa Mitsubishi Fuso, de color blanco, con placa de rodaje C2K-807, no presenta motor y su número de serie se encuentra con erradicación parcial, por objeto punzante.

QUINTO. En ese sentido, se advierte que:

5.1. La declaración y acta de reconocimiento efectuados por el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo (esta última diligencia, en presencia del representante del Ministerio Público), se encuentran corroboradas con los elementos citados en líneas precedentes; en especial por haberse encontrado en su poder documentos relacionados con el vehículo del agraviado, y dentro del auto donde fue intervenido, la llave de contacto del camión de la víctima.

5.2. La defensa técnica del imputado alega que el agraviado Kjuno Suyllo, brindó características físicas que no corresponden al encausado Arévalo Gonzales; lo cual es errado. Conforme se aprecia en el acta de reconocimiento físico practicado por el mencionado agraviado (folio doscientos dieciocho), en la que reconoció al aludido imputado, se aprecia que la víctima precisó que el sujeto que le apuntó con un arma de fuego y lo amenazó de muerte tenía como rasgos físicos principales, tez trigueña, de aproximadamente un metro sesenta y cinco centímetros de estatura y con un corte en la mejilla izquierda. Ahora, conforme con la hoja de datos de identificación del encausado Arévalo Gonzales (folio ciento ochenta y uno), en la cual se detallan sus características físicas y su fotografía; se aprecia que este mide un metro sesenta y tres centímetros de estatura, es de tez trigueña y tiene una cicatriz en la mejilla izquierda. Por lo tanto, las características que brindó el agraviado corresponden al acusado recurrente. Acta de reconocimiento que se efectuó en presencia del representante del Ministerio Público, por tanto, tiene la calidad de elemento de prueba conforme con los artículos sesenta y dos y setenta y dos del Código de Procedimientos Penales.

SEXTO. Ante la sindicación del agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo, se tiene la negativa del encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales sobre los hechos que se le incriminan. En ese sentido, y por las consideraciones expuestas en líneas precedentes, se aprecia que el testimonio de la víctima cumple con los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario cero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis:

6.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva; en este caso no se aprecia la existencia (antes de los hechos) de relaciones de enemistad o vínculo alguno entre los agraviados (tanto el chofer, que fue presencial, como el dueño del vehículo) y el acusado.

6.2. Verosimilitud; el reconocimiento efectuado por el testigo presencial está corroborado con otros elementos que permiten concluir, válidamente, sobre la responsabilidad del encausado; dichos elementos fueron precisados en los considerandos cuarto y quinto de la presente Ejecutoria.

6.3. Persistencia en la incriminación; el agraviado, conforme con su manifestación (folio noventa y nueve), del trece de octubre de dos mil doce, describió los hechos en su perjuicio y brindó las características físicas de uno de los principales agentes que perpetró el robo, pues describió a quien subió al camión portando un arma de fuego. Las mismas características físicas que dio en su manifestación, las volvió a brindar en el acta de reconocimiento físico (de folio ciento dieciocho), del veintitrés de octubre de dos mil doce, en la cual reconoció al encausado Arévalo Gonzales, en presencia del representante del Ministerio Público.

SÉTIMO. La sindicación del agraviado y los elementos que lo corroboran, permiten concluir, válidamente, y más allá de toda duda razonable, sobre la participación del encausado en el evento delictivo que se le atribuye. En ese sentido, su presunción de inocencia quedó desvirtuada.

OCTAVO. Para los efectos de verificar la dosificación de la pena, se tiene en cuenta que el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Penal, contempla el principio de proporcionalidad, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la sanción a imponerse; ello en concordancia con el artículo IX del referido Título Preliminar, el cual establece que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, y el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el cual estipula el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, este Supremo Tribunal Penal considera que el Colegiado Superior, al momento de determinar la pena, observó debidamente los criterios de legalidad y razonabilidad que la regulan, imponiendo al encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales, trece años de pena privativa de libertad, teniéndose en cuenta para ello sus condiciones personales y su carencia de antecedentes.

También se consideró la forma y circunstancias en que se suscitó el referido delito, conforme con los artículos cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del Código Penal; además, no concurren otras atenuantes que permitan rebajar la sanción penal impuesta en la recurrida. En consecuencia, se deberá mantener lo decidido por la Sala Penal Superior.

C. APROPIACIÓN ILÍCITA

91

§91. Configuración del delito de Apropiación Ilícita. Diferencias con la conducta típica del delito de Hurto

Casación	301-2011-LAMBAYEQUE
Fecha	04 de octubre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 190° y 192° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8.1° al 8.6°

RESUMEN:

En el delito de apropiación ilícita se distingue, en un comienzo, un acto de transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla a un tercero o devolverla a quien la brindó; y, posterior a ello, el acto de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo. Es así que lo que se sanciona por medio de este delito es la ***transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien, ya que dispone de la cosa como si fuera propia, a pesar de conocer su pertenencia a otra persona****.*

Por tanto, únicamente será sujeto activo del delito de apropiación ilícita aquella persona que haya recibido de manera lícita el bien objeto de delito y que tenga la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

En este sentido, ***cuando la entrega de la cosa se efectúa a una persona con un cargo específico autorizado por el acreedor (dependiente), el que paga***

***se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió**. Así, cuando el dependiente se apropia de la cosa entregada, sujeto pasivo del delito serán tanto el dueño de la cosa apropiada como el acreedor insatisfecho en cuyo nombre el sujeto pasivo no recibió el bien.*

FUNDAMENTOS:

"QUINTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PROPIEDAD.-

5.1. Al respecto, cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.

5.2. Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado.

5.3. Lo que fundamenta la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega del objeto[23]. La conducta típica descrita tiene como significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución[24].

5.4. La existencia de una relación entre el autor y el objeto material del delito determina su connotación especial, en tanto solo puede ser sujeto activo aquél que ostente la relación jurídica exigida por el tipo penal[25], esto es haber

---

[23] PÉREZ MANZANO, Mercedes: Las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico análogas en Compendio de derecho penal parte especial. Volumen II. Coor. Bajo Fernández Miguel, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1998, p. 478.

[24] Ibídem, p. 481.

[25] *Ibídem*, p. 484.

recibido el objeto de manera ilícita en depósito, comisión, administración y otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

5.5. La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio –bajo su dominio- un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.

5.6. La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble[26]. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores[27].

5.7. Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien[28].

SEXTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO.-

Frente al criterio doctrinal anterior se halla un SEGUNDO grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege, sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

---

[26] SALINAS SICCHA, Ramiro: Derecho penal Parte Especial, Vol II. 4ta Edición, Ed. Grijley, Lima, 2010, p. 1020.

[27] *Ibídem*, p. 1022.

[28] *Ibídem*, p. 1024.

SÉTIMO: ANTECEDENTE DOCTRINAL.-

7.1. En esencia, la distinción entre la postura en pro de la propiedad y la postura en favor del patrimonio radica en que, mientras que en la primera solamente se consideran típicas las conductas que cristalicen en una apropiación definitiva por la integración del bien en la esfera de dominio del sujeto activo, en la segunda, esto es, en la postura que defiende la tipicidad de determinadas formas de lesión del patrimonio se considera que el referido precepto contempla dos infracciones penales de distinta naturaleza: las que atentan directamente contra la noción de propiedad y las que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio criminalizando determinadas lesiones del derecho de crédito que por sus circunstancias puedan considerarse especialmente reprochables[29].

7.2. Con el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, las causas por delito de apropiación ilícita se tramitaban como procesos sumarios, de modo que no eran conocidas de manera común por la Suprema Corte. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado, así, en la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil seis, Lambayeque, de dieciocho de abril de dos mil once, ya referida, no obstante, no existir pronunciamiento de fondo, no se cuestiona que los griferos que se apoderan del dinero recibido por pago de combustible desplegaron conducta de apropiación, en agravio del Grupo Empresarial propietario del grifo.

OCTAVO: ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL.

8.1. Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo explota y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

8.2. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

8.3. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

---

[29] MOLINS RAICH, Marc: Óp. Cit., http://www.rocajunyent.com

8.4. En los últimos dos casos, no es factible asumir que el recaudador asume los bienes recibidos para apropiárselos *–lo que es característico del hurto-*, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

8.5. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa "*ad maioris ad minus*", si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

8.6. No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría – como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agravio, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien entrega, el acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado."

92

B. ESTAFA

§92. Precisiones sobre el delito de estafa

Recurso de Nulidad	2504-2015- LIMA
Fecha	07 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hinostroza Pariachi.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 196 del CP

RESUMEN:

1. *La sola constatación de un engaño, vinculado causalmente a una disposición patrimonial perjudicial, con déficit de información –error–, no implica, per se, la configuración del delito de estafa.*
2. *Solamente existirá un engaño típico de estafa, cuando la superación del déficit de información –error– no es competencia de la víctima disponente sino del autor del hecho o suceso fáctico; esto es, cuando la víctima carece de accesibilidad normativa a la información Precedente vinculante .*
3. *En estos casos, el autor es garante de brindar a la víctima la información que a ésta no le competía recabar o descifrar.*

FUNDAMENTOS:

DECIMO PRIMERO: La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en

que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] Vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales; si a conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido.

DECIMO SEGUNDO: En el presente caso, sin embargo, el Tribunal de grado inferior se ha limitado a constatar la existencia de un engaño Causal, esto es, un engaño que resultó eficaz para producir un error, un perjuicio patrimonial, y un provecho ilícito. Ahora bien, si se exige que el "engaño" propio de la estafa, constituya un "riesgo típicamente relevante" para el patrimonio, podrá llegarse a la conclusión de que hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no lo son. La tipicidad del engaño, por tanto, no es cuestión de causalidad, sino de imputación objetiva.

DECIMO TERCERO: Al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse "¿quién causó el error de la víctima?" sino "¿quién es competente por el déficit de conocimientos –error– de la víctima?". Aunque un caso llegue a los tribunales y el juzgador o el fiscal sepan (inevitablemente) a qué condujo en efecto el engaño (si hubo error o no y, en consecuencia, perjuicio patrimonial), pues el enjuiciamiento de los hechos tiene los conocimientos adquiridos ex post; esos conocimientos deben suprimirse a la hora de enjuiciar si el comportamiento del autor fue típico. Que se produzca el resultado, es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver sí el riesgo de perjuicio patrimonial se cristalizó o no en el resultado. Lo que debe verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor.

DECIMO CUARTO: El delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces, no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido, aquél que interactúa económicamente, se ve en la necesidad de confiar en otros que sí tienen acceso a esa información Es por ello, precisamente, que mediante el tipo penal de estafa se busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre y, con ello,

el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando, así, la estructura normativa del mercado.

DECIMO QUINTO: Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico-penal es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado. Hay accesibilidad normativa cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla.

DECIMO OCTAVO: El artículo 2012° del Código Civil consagra el Principio de publicidad registral, según el cual: "Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". Se trata de un disposición normativa que consagra una presunción iure et de iure, esto es, una presunción que no admite prueba en contrario. Por tanto, quien interactúa en el mercado de bienes registrables -en este caso, de los automóviles-, tiene la carga de conocer el contenido de las inscripciones; lo cual es una información que se encuentra normativamente accesible a la persona que pretende realizar una disposición patrimonial. Esta carga de cuidado fue infringida por los afectados. En consecuencia, existe competencia de la víctima.

VIGÉSIMO QUINTO: La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna –dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto– después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva.

VIGÉSIMO SEXTO: El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era

competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima); por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extra penal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquella una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión.

E. USURPACIÓN

93

§93. Usurpación: La violencia por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas

Casación	56-2014 - AYACUCHO
Fecha	29 de septiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 202° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	10° al 11°

RESUMEN:

La violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas, por lo que los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis

FUNDAMENTOS:

DECIMO: Esto es así también en el ordenamiento jurídico nacional, pues como señaló el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el veintiuno de junio de dos mil cinco: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima

recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito", criterio que se aplica a la turbación de la posesión.

DECIMO PRIMERO: A mayor abundamiento, la Casación número doscientos setenta y tres-dos mil doce-Ica, del veintinueve de mayo de dos mil catorce, estableció como doctrina jurisprudencial que el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no es acorde con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

94

§94. Violencia como elemento del tipo del delito de Usurpación Agravada, puede recaer sobre bienes o sobre personas

Casación	233-2013-TACNA
Fecha	24 de octubre del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Morales Parraguez.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 202° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 7°

RESUMEN:

La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre la víctima o sobre las cosas, esto es, que el agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificultan la penetración invasiva para el despojo.

La violencia a la que hace referencia los numerales dos y tres, del artículo doscientos dos, del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con dicho accionar se despoje de la posesión del mismo, siendo esto así, es evidente que una aplicación restringida del término "violencia" resultaría arbitraria.

FUNDAMENTOS:

TERCERO: Del análisis del recurso de casación los fundamentos de la Ejecutoria que concedió el recurso se puede colegir que los problemas planteados

para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial es el siguiente: el empleo de la violencia previsto en el inciso dos, del artículo doscientos dos, del Código Penal es sólo aplicable cuando se ejerce únicamente sobre las personas o también contempla la posibilidad de que pueda ser ejercido sobre las cosas (antes de la modificatoria introducida por la Ley número treinta mil setenta y seis).

CUARTO: Que esta clase de recurso por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, con el fin de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

QUINTO: Precisado ello, se debe puntualizar que se entiende por despojo en la redacción del tipo penal, esto es, aquella acción por la cual el agente despoja, quita, arrebata, desposee o usurpa el inmueble o el ejercicio de un derecho real del sujeto pasivo. Es así que a nivel jurisprudencial se ha establecido que lo punible en la comisión del delito de usurpación no es la propiedad, sino el despojo de la posesión en forma violenta o con la utilización del engaño o la astucia o el que altera linderos o los destruye o también el que turbe la posesión, presupuestos a que se refiere el artículo doscientos dos del Código Penal vigente y que constituyen elementos objetivos del tipo penal en referencia.

SEXTO: La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre la víctima o sobre las cosas, esto es, que el agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificultan la penetración invasiva para el despojo. En ese sentido, incluso, antes de la modificatoria introducida por la Ley N.° 30076, el empleo de la violencia también alcanzaba a las cosas, conforme se advierte del pronunciamiento realizado por este Supremo Tribunal, cuando se señaló lo siguiente: "[Si] lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos, del Código Penal, son conductas violentas realizadas para despojar la posesión del sujeto pasivo, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que aún antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia los

numerales dos y tres, del artículo doscientos dos, del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con dicho accionar se despoje de la posesión del mismo, siendo esto así, es evidente que una aplicación restringida del término "violencia" resultaría arbitraria.

Aunado a ello, en aras de establecer la unificación de criterios que guarden relación con las posturas adoptadas en las distintas Cortes Superiores del país, este Supremo Tribunal, es del parecer que la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona, y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito, siendo que el caso materia de análisis la violencia se dio contra las cosas; en ese sentido no cabe distinguir donde la ley no distingue.

95

§95. Usurpación: La violencia puede ejercerse sobre las personas y sobre los bienes

Casación	259-2013-TUMBES
Fecha	22 de abril del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 202 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

La violencia a la que se refiere el delito de usurpación, y que es ejercida por el agente infractor, debe recaer sobre la persona o contra los bienes.

FUNDAMENTOS:

4.1. En el presente caso, se le imputa a Ernesto David Gamboa Dios, en su calidad de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, la comisión de los delitos de abuso de autoridad en agravio de Aurelia Acuña Suárez y del Estado-Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, y de usurpación en agravio de Aurelia Acuña Suárez, con relación a que el día veintinueve de abril del dos mil diez, siendo las ocho horas con treinta minutos, con apoyo de efectivos del serenazgo y con presencia de la Notaria de la Provincial de Contralmirante Villar, se constituyó en el inmueble ubicado en la avenida Grau N° 524-Zorritos, ordenando el descerraje e ingresando para -según manifiesta- recuperar un "local municipal abandonado", disponiendo que los bienes que se

encontraban al interior del inmueble sean guardados en la cochera municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, bienes de propiedad de la agraviada Aurelia Acuña Suárez, quien era posesionaria del inmueble en mérito a un contrato de alquiler con la comuna con una antigüedad de doce años aproximadamente y, pese a tener conocimiento de su domicilio real, nunca recibió notificación alguna sobre la acción realizada.

4.2. Conducta que es subsumida por la parte acusadora en el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, que al momento de la realización de los hechos materia de imputación rezaba: "Artículo 202.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:

> *1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
>
> *2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble".*

4.3. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal de usurpación, contemplado en el inciso 2 del artículo 202 del Código Sustantivo, contempla como medio comisivo la violencia ejercida sobre los bienes y las personas o únicamente contempla a las personas como pasibles de recibir la violencia, para la configuración del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble.

4.4. Siendo así, este Supremo Tribunal precisará conceptos relativos al tipo penal de usurpación; en primer lugar, el bien jurídico tutelado es el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre implica que la víctima esté en posesión del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no hay delito de usurpación; asimismo, debe tenerse presente que: a) el sujeto activo, puede ser cualquier persona, incluso el verdadero propietario del bien inmueble, en el supuesto que haya entregado en posesión de su inmueble a un tercero y después, haciendo uso de los medios típicos de usurpación, despoja o perturba el tranquilo disfrute de aquel tercero sobre el inmueble; b) el sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con la única condición de que al momento de la ejecución del delito esté gozando de la posesión mediata o inmediata o tenencia del inmueble o, en su caso, gozando del ejercicio normal de un derecho real, lo cual implica necesariamente posesión o tenencia sobre el inmueble 2 ; c)

la acción típica es la de despojar, lo cual tiene un sentido de quitar, de sacar de la ocupación, de impedir la ocupación del inmueble total o parcialmente, por parte del sujeto pasivo; puede darse, por consiguiente, desplazando al tenedor, poseedor o ejercitador del derecho real del que se trate, del lugar que constituye el inmueble u oponiéndose a que aquel continúe realizando los actos propios de su ocupación, tal como los venía ejecutando; pero para que la acción de despojo resulte típica tiene que perpetrársela por alguno de los medios taxativamente enunciados en la ley. Uno de esos medios para consumar el despojo es la "violencia" o fuerza física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquel procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre los bienes que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (por ejemplo, cambiar las cerraduras).

4.5. Dicha opinión es compartida por los Jueces del Distrito Judicial de Moquegua, quienes en el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, incluso sostuvieron que: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito". En la misma línea, los señores Jueces Superiores que participaron en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, que se realizó en la ciudad de Arequipa, el 17 de noviembre del 2012, concluyeron que una interpretación sistemática del artículo 202 inciso 2 del Código Sustantivo, referido a los delitos contra el patrimonio, informa que los actos de violencia se pueden dar tanto sobre la persona como sobre la cosa; asimismo, que la realidad social informa que el delito de usurpación se produce en un noventa por ciento de los casos cuando el posesionario o tenedor del inmueble no se encuentra presente. Añaden que una cabal interpretación del principio de prevención especial y general exige decisiones judiciales con mensajes sociales claros que se orienten a disuadir el delito de usurpación, que tiene un índice elevado en la realidad social. A mayor abundamiento, sostienen que si el legislador hubiera querido excluir la violencia contra los bienes en la usurpación en la modalidad de despojo, hubiera utilizado la frase "violencia contra las personas", tal como lo consignó en el artículo 188 del Código Penal. Además, se indicó que la fuente del artículo 202 del Código Penal peruano es el Código Penal argentino, cuya doctrina y jurisprudencia pacíficamente acepta que la violencia puede ser

sobre las personas y las cosas; finalmente, sostienen que dicha interpretación es acorde con los principios de lesividad y fragmentariedad, toda vez que: i) lo que ocurre en la realidad da cuenta que la gran mayoría de usurpaciones en el Perú empiezan con una agresión sobre la cosa; ii) el principio de taxatividad, pues el legislador no ha exigido que se encuentre presente en el inmueble el posesionario, incluso el mismo principio de lesividad se ve desbordado con este accionar, porque la violencia sobre la cosa genera concurso de delitos, como daños, lesiones, incendio y otros estragos, entre otros. Es más, acreditada una amenaza sobre la salud y tranquilidad a la persona, no se va esperar una lesión corporal, para recién considerar vulnerado el principio de lesividad.

4.6. En ese sentido, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo 202 del Código Penal son conductas violentas realizadas para despojar de la posesión al sujeto pasivo, restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar de la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar de la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que, aun antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con ella se despoje de la posesión del mismo.

4.7. Finalmente, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Apelación de Tumbes afirma que el empleo de la violencia debe estar orientado hacia la propia víctima, a fin de doblegar su voluntad, es decir, que la violencia a la que alude el artículo 202 del Código Penal debe ser entendida como la violencia física empleada sobre las personas, para anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima o de las víctimas; por tanto, sostiene que el encausado al emplear violencia física contra la cerradura de la puerta del local no se enmarca dentro de los alcances del delito de usurpación, contenido en el artículo 202 inciso 2 del Código Penal, por lo que sobreseyó la causa. Ello implica que el Juzgador de Segunda Instancia no consideró como violencia empleada para despojar de la posesión del inmueble el que se rompiera la cerradura del inmueble, lo cual importa una errónea interpretación del inciso 2 del artículo 202 del Código Sustantivo, por lo tanto, resulta necesario casar la sentencia recurrida.

5. DELITOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS

96

§96. La Regularización Tributaria

Acuerdo Plenario	2-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 189° del CT; 7° y 8° de la LPT.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6° al 13°

RESUMEN:

Los delitos tributarios son ***delitos especiales propios y de infracción del deber*** *de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Públicos. Se caracterizan por tener, a pesar de su carácter público, naturaleza patrimonial; exigir la producción del resultado perjuicio; y por su tipo subjetivo netamente doloso que requiere –además-* ***un elemento especial o de tendencia****: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero, a pesar de que no hace falta que sea alcanzado de manera efectiva.*

La causa material de exclusión de pena regulada en el art. 189° del Código Tributario para los delitos tributarios tiene como finalidad excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, además de impedir la iniciación del proceso penal. Se trata de una ***causa material de exclusión de punibilidad ex post factum****, por*

lo que sus efectos liberatorios de sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito, sean autores o partícipes. Para su aplicación se requiere, por un lado, de la actuación voluntaria del agente por medio de una autodenuncia que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria o penal (sin que se exija una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria); y, por otro, el pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. El haberse acogido a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena.

FUNDAMENTOS:

"Bases normativas:

6°. El artículo 189° CT, modificado por la Ley número 27038, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal.

Prescribe la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, lo siguiente:

A. "*No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas*".

B. "*La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*".

C. "*Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o*

cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas".

7°. La indicada norma material debe ser interpretada en concordancia con los artículos 7° y 8° de la Ley Penal Tributaria –en adelante, LPT-.

A. El artículo 7° LPT, modificado por el Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-, establece: "***1.*** *El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.-* ***2.*** *Las Diligencias preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo*".

B. El artículo 8° LPT, modificado por el NCPP, preceptúa que*:* ***1.*** *El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda.-* ***2.*** *El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por si mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar*".

La regularización tributaria:

8°. Los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público [LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español - Parte Especial*, tomo I, (MANUEL COBO DEL ROSAL: Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613].

Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales:

A. Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Públicos.

B. Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado social y democrático de derecho.

C. Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario.

D. El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debidos o la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión.

E. Es un delito doloso –directo o eventual-, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del Fisco. Además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un TERCERO [LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, página 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.

9°. La finalidad de política tributaria de la regularización se encuentra en el objetivo estatal de conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden, y su fundamento dogmático reside en la reparación del daño [PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico – Parte Especial*, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena –tanto en la retribución como en la prevención [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Pena l- Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 80].

En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria, esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al

autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189° CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punibles objeto de regularización.

10°. La regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento "*a fortiori*" [FERMÍN MORALES PRATS: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 791/792], abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la LPT (artículos 1°/5°), en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios –entendidos ampliamente, en cuya se virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria [CARMEN DEL PILAR ROBLES MORENO y otros: *Código Tributario, Doctrina y Comentarios*, Pacífico Editores, Lima, 2005, página 671]-, como, por imperio del tercer párrafo del artículo 189° CT, "*...las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*". La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario [J. BOIX REIG y otros: *Derecho Penal – Parte Especial,* Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 592].

11°. La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: actuación voluntaria a través de una autodenuncia y pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente.

A. Regularización voluntaria. Se expresa en la frase: "*...se regularice la situación tributaria (...) antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de éste, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas*" (artículo 189°, segundo párrafo, CT). Esta exigencia o condicionante temporal plantea que la regularización se realice en forma voluntaria o espontánea, la que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria

o penal. En este último supuesto no hace falta una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (artículo 7°.1 LPT en concordancia con el artículo 336° NCPP), cuyo equivalencia en el ACPP será la denuncia formalizada del Ministerio Público y el respectivo auto de apertura de instrucción; sólo se requiere del inicio de actuaciones de investigación, que muy bien pueden tratarse de diligencias preliminares en tanto en cuanto exista suficiente precisión de los cargos, de su presunta relevancia delictiva. De otro lado, la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, sólo lo es el momento en que tiene lugar.

B. Pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario. Se precisa en el cuarto párrafo del artículo 189° CT, que dice: "*Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas*". No sólo se trata de que se formule una autodenuncia a través de una declaración rectificatoria, sino de que pague efectivamente la deuda tributaria o efectúe la devolución correspondiente. Frente a montos dudosos o de necesaria determinación administrativa –que traen causa en la comisión de delitos tributarios-, es posible que la autoridad cuestione la rectificación y exija un monto mayor, oportunidad en que debe establecerlo –con inclusión a los tributos, de los intereses y las multas- y el obligado a pagar inmediata e íntegramente el diferencial respectivo.

12°. El delito tributario, desde la reforma de la LPT por el NCPP –en especial del artículo 8°-, es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria. A partir de esas modificaciones tiene sentido que la regularización pueda realizarse: **(i)** antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario –no necesariamente, como era antes de la reforma, una denuncia por delito tributario debe ser de previo conocimiento de la autoridad tributaria, aunque su ulterior intervención es preceptiva-; y, en su defecto –ante la inexistencia de la intervención de la Fiscalía, del inicio de actuaciones de averiguación-, **(ii)** el Órgano Administrador del Tributo

notifique un requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas.

El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal [JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA: *Regularización Tributaria*, Actualidad Jurídica número 115, Lima, Junio 2003, Lima, página 20].

Fraccionamiento tributario, leyes especiales y exención de pena:

13°. Con carácter general, el artículo 36° CT estatuye que: "*Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo.- En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite, (...), siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquélla establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar y con los siguientes requisitos: (...).- El incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó el aplazamiento y/o fraccionamiento, conforme a lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar automáticamente a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago*".

Como se advierte de su texto, el citado artículo 36° CT reconoce la posibilidad de que el deudor tributario se acoja al aplazamiento y/o fraccionamiento de su deuda tributaria, siempre sujeto a una serie de condiciones y garantías que la Administración Tributaria ha de valorar para su aceptación o rechazo. Sin embargo, el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la comisión de delitos tributarios, a menos que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida, clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en tanto que ya

se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública.

Por lo demás, la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, ya analizada, referida a la regularización tributaria y ésta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no sólo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

En tal virtud, el acogerse a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario, como lo fue en su día los adoptados por las leyes número 27344 –Ley del régimen especial de fraccionamiento tributario- y 27681 –Ley de reactivación a través del sinceramiento de las deudas tributarias (RESIT)-, carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena."

97

§97. Configuración del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas

Casación	474-2013- TACNA
Fecha	27 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hinostroza Pariachi.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Ley N° 28008
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	17°, 18°, 19°, 21° y 22°.

RESUMEN:

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas previsto en el artículo 8 de la Ley 28808 (Ley de Delitos Aduaneros) es un delito de resultado y, por tanto, admite la tentativa. Empero, cuando se trata de mercancías restringidas, el inicio del procedimiento administrativo de nacionalización no constituye tentativa del delito; en este caso la conducta del agente es atípica.

FUNDAMENTOS:

TIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS

1. El tipo penal que se interpretará a través de la presente casación, está previsto en el artículo 8 de la Ley N°28008 – Ley de Delitos Aduaneros, del 19 de junio de 2003, que prescribe: "El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga

del país mercancías por cuantía superior a cuatro Unidades Impositivas Tributarias cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días multa". Este artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N°1111 del 29 de junio de 2012, en cuanto a la cuantía de las mercancías, elevándola a cuatro Unidades Impositivas Tributarias.

2. El bien jurídico tutelado por este tipo penal, por un lado, pone énfasis en el control aduanero, en cuanto a verificar si estas mercancías restringidas cumplen o no con el visado autoritativo de las instancias estatales respectivas y, por otro, la tutela de bienes jurídicos colectivos como la salud pública, el medio ambiente o la seguridad pública. No cualquier mercancía puede salir o ingresar al país, pues existen ciertos bienes, que por su peculiar carácter han de ser rigurosamente controlados por las entidades estatales competentes, por ejemplo: productos alimenticios, medicinas, bienes arqueológicos, animales, armas, productos pirotécnicos.

DESARROLLO DEL PRIMER TEMA: LA TENTATIVA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS

3. La necesidad de una efectiva protección de bienes jurídicos o la necesidad de restablecer la vigencia de la norma contra el ataque a un bien estimado socialmente, hace que el legislador, con frecuencia, se vea obligado a tomar distintas técnicas legislativas para describir la conducta prohibida penalmente. Existen muchas clasificaciones al respecto, de cara al caso; sin embargo, ahora resulta indispensable –para contestar esta primera cuestión, relacionada a la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas– abordar la relativa a los delitos de resultado y los delitos de mera actividad (de peligro).

4. En los delitos de resultado, el juzgador o intérprete puede distinguir entre el inicio de la acción de ejecución de la actividad delictiva y el término o resultado de la acción[5], tomando forma de delitos de lesión. En los delitos de mera actividad, el ilícito se perpetra o agota con la sola acción, por lo que no se puede distinguir entre el acto y la planificación anterior a ella, que sería una etapa cerebral insondable. Únicamente en los delitos en

los que es posible distinguir el inicio de la actividad delictiva y el resultado, es decir, solo en los delitos de resultado es posible hablar de tentativa.

5. La tentativa, desde un plano objetivo, es el grado de desarrollo donde se ha comenzado a ejecutar "la acción indicada por el verbo principal del tipo legal" o, desde un plano subjetivo, desde que el autor "pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden jurídico", sin llegar a consumar el tipo penal, ya sea porque el agente se desistió o por una circunstancia externa que le impidió continuar con la ejecución u obtener el resultado del acto delictivo emprendido. La acción iniciada, debe ser relevante, seria, "socialmente perturbadora" e idónea para lograr cometer el ilícito.

6. En este sentido, corresponde ahora verificar si el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas es un delito de resultado –y que por tanto admite tentativa– o si, por el contrario, es un tipo penal de mera actividad (de peligro) –en el que no cabe la tentativa–.

7. En el caso de mercancías prohibidas, entendiendo por ellas "(...) aquellas que por mandato legal se encuentran prohibidas de ingresar o salir del territorio nacional", este Supremo Tribunal concluye que dicha conducta admite la tentativa, pues el acto del agente que intente ingresar o sacar del país un bien que este conoce que está prohibido por disposición expresa de la ley, inicia efectivamente la ejecución del delito sin llegar a ocasionar el resultado. Es decir, el autor previamente conoce que el bien no podrá ser regularizado o admitido para su ingreso o salida, sin embargo, realiza acciones aduaneras o cualquier otra acción para que, contraviniendo la disposición legal (y los bienes subyacentes que protege), ingrese o extraiga la mercancía; la que, de ser impedido por la autoridad, debe ser calificada en grado de tentativa. En buena cuenta, es un delito de resultado, que consecuentemente admite la tentativa.

8. De otro lado, el delito de tráfico de mercancías restringidas, también es un delito de resultado, por cuanto se consumará cuando la mercancía ingresó o salió del país, sin cumplir los requisitos que señala la ley. Las mercancías cuya importación está restringida por la ley, son aquellas que por mandato legal requieren la autorización de una o más entidades competentes, para ser sometidas a un determinado régimen aduanero[8]. En este caso, el bien o mercancía prima facie no es pasible de ingreso al país; sin embargo, puede ser regularizado o calificado como viable para su ingreso cuando cumple las exigencias normativas.

9. En este tipo de delitos, la tentativa es discutible por cuanto la importación no está prohibida, sino sujeta a ciertas condiciones legales. En el caso de vehículos usados, como el que nos ocupa, en el trámite de la nacionalización había que cumplir con los requisitos que señala el Decreto Legislativo N°843, acompañando la documentación correspondiente. Según la imputación fiscal, el propietario o importador del vehículo ya había iniciado el trámite aduanero o procedimiento legal para su ingreso al País, sin embargo, al faltarle uno de los requisitos, la importación se frustró por las acciones administrativas de la Superintendencia de Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

10. A criterio de este Supremo Tribunal, el inicio del procedimiento legal para importar una mercancía restringida, aun cuando no se haya cumplido con los requisitos legales, no constituye tentativa –como grado de ejecución del delito de tráfico de mercancías restringidas– conforme a lo señalado en el artículo 16 del Código Penal, cuyo primer párrafo señala: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo". Como es obvio, mientras legalmente se esté realizando el trámite deregularización, esto es, mientras sea una mercancía restringida que sigue el procedimiento de nacionalización establecido en la ley, no puede considerarse que el importador o exportador haya iniciado la ejecución del delito.

11. En este tipo de casos, dependiendo de la normativa vigente, el bien o mercancía que no reúne los requisitos de ley para su importación, debe ser devuelto a su lugar de origen o ser objeto de medidas o sanciones administrativas, pero no resulta razonable ni proporcional que cuando un ciudadano ha iniciado el camino legal para nacionalizar la mercancía y levantar su restricción, se le sancione penalmente por no lograrlo, condenándolo por delito de tráfico de mercancías restringidas, en grado de tentativa.

12. En consecuencia, la conducta de iniciar un procedimiento administrativo aduanero para importar una mercancía restringida, cuyo resultado fue negativo, es una conducta atípica que no se adecua al tipo penal previsto en el artículo 8 de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros) y por ende no es punible. La tentativa sería admisible cuando se descubra que la mercancía restringida estuviere ingresando al país, sin el trámite administrativo aduanero correspondiente, tratando de eludir

o burlar –mediante cualquier medio o artificio– los controles aduaneros correspondientes.

DESARROLLO DEL SEGUNDO TEMA: LA DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN O DECLARACIÓN DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS.

13. La definición de los elementos normativos del tipo penal, denominados mercancía prohibida o restringida, se hará acudiendo a la teoría del delito, cuando se habla de los tipos penales en blanco o ley penal en blanco. Los tipos penales en blanco son fórmulas legislativas válidas por las cuales la conducta penalmente relevante o parte de ella, para su aplicación, debe ser completada por una disposición de carácter extrapenal. Ello es lo que sucede con el tipo penal bajo análisis, pues bajo los conceptos de "mercancía prohibida" y "mercancía restringida", la disposición penal nos remite a normas aduaneras que regulan dichos elementos normativos.

14. En el caso de la mercancía prohibida, se verifica que al tratarse de bienes descritos en la ley aduanera, no se requiere que la administración ratifique su prohibición para la importación o exportación. Basta con que la prohibición esté prevista en la ley para impedirse su ingreso o salida del país, no requiriéndose del pronunciamiento de la autoridad administrativa aduanera.

15. En el caso de la mercancía restringida, por otro lado, las restricciones a su importación también se encuentran descritas en la ley, obedecen al principio de legalidad. En el caso de autos, la restricción de la importación de vehículos usados está señalada en el Decreto Legislativo N°843 y sus modificatorias, y los requisitos para su ingreso al País, también están señaladas en la ley, por lo que no se requiere pronunciamiento administrativo de la Administración Aduanera para la definición del concepto de mercancía restringida. Un vehículo usado proveniente del extranjero es una mercancía restringida, por lo que para su ingreso o importación al país debe cumplir con los requisitos que señala la disposición legal correspondiente.

6. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

A. DELITO DE PELIGRO COMÚN

98

§98. Tenencia ilegal de armas

Casación	194-2014 – ICA
Fecha	22 de julio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla, Príncipe Trujillo, Hinostroza Pariachi.
Disposiciones estudiadas	Art. 279 del CP

RESUMEN:

El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, pues no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende, que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: En esta línea de análisis, el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "... que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra, o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos..."; en estricto el contenido el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación

de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

QUINTO: De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal, propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima".

SEXTO: Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos , y de ultima ratio; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP Nº 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre de 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no

le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

99

§99. Tenencia ilegal de armas. Tener licencia vencida para portar armas, ya sea de propiedad del Estado o de uso particular, no configura delito de Tenencia ilegal de armas

Casación	211-2014-ICA
Fecha	22 de julio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana.
Disposiciones estudiadas	Art. 279° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4°, 5° y 6° (Fundamentos de derecho)

RESUMEN:

El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, pues no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende, que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente"

FUNDAMENTOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria de fecha seis de noviembre de dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete del cuaderno de casación, **admitió a trámite el recurso de casación, para establecer en sede casatoria, la validez de la distinción entre posesión ilegal e irregular de arma**

de fuego, siendo que el tipo penal no distinguiría entre estos dos aspectos, ni tampoco reduce la ilicitud de la conducta a poseer un arma de origen clandestino, sino que el tipo sanciona la posesión ilegitima, es decir, quien no tiene la autorización para portar un arma ya sea de origen civil o del Estado.

SEGUNDO: El carácter de recurso extraordinario que ostenta la casación se debe a los principios que la gobiernan; por lo tanto, la elaboración de la demanda, la construcción de la proposición jurídica como su tramitación y resolución, se deben desarrollar dentro de una sistemática que le dé orden y coherencia. Entre estos principios debemos destacar el principio de trascendencia, en virtud del cual se subraya que: "En el error judicial, por definición, afecta el debido proceso, por cualquiera de sus vertientes, bien sea de estructura, de garantía o conceptual; o de juicio, que produce una violación de la ley sustancial, bien sea de manera directa o indirecta. **Ese error debe ser, además de grave, de tal magnitud que necesaria e indefectiblemente tenga repercusiones nocivas para la constitucionalidad y legalidad en el resultado de la sentencia para el impugnante, que si no se hubiera presentado, fuera favorable ese resultado, o menos gravoso.**

El error en sí mismo no es causal de casación, sino en cuanto produce un efecto sobre la sentencia. De manera que el error inprocedendo o in indicando, que tiene vocación para que prospere un recurso extraordinario de casación, no es cualquiera, porque en la actividad judicial, por ser actividad humana, se come ten errores, que no tienen la entidad ni la importancia para ser demandables. Incluso existiendo errores graves, algunos no tienen trascendencia en la sentencia.

El cargo desarrollado por el impugnante extraordinario debe sobrepasar el ámbito de la disidencia propia de las instancias. Por lo mismo, el censor, en la construcción de la proposición jurídica, necesaria e indefectiblemente, para que sea completa y correcta, debe identificar y mostrar el error, catalogándolo como de procedimiento o de juicio, los dispositivos jurídicos vulnerados y, además, **mostrar la trascendencia de ese error y sus perniciosos efectos en los resultados de la sentencia.** Según ERNESTO GARCÍA MAAÑON: "[...] el vicio debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial. Dicha condición se percibe mediante el empleo del método de supresión mental hipo tética, por el **cual, eliminando el acto viciado mediante una conjetura, se advierte que la sentencia hubiera resultado diferente. El caso contrario, el recurso devendría en una cuestión abstracta**"[30].

---

[30] Rodríguez Choconta, Orlando Alfonso, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá 2008, p.83

TERCERO: Fijado lo anterior, debemos puntualizar que el representante del Ministerio Público, denuncia que la sentencia absolutoria vulneró la "correcta aplicación o adecuada interpretación de la ley penal", referido a la posesión o tenencia ilegal de un arma de fuego de quien inicialmente detentó su posesión con una licencia válida y vigente en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, hasta el momento en el que fue pasado a la situación de retiro, sobre el cual mantuvo su posesión de forma ilegal hasta el momento de su intervención, configurando con ello el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

De lo esbozado, debe precisarse que el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, que tiene como objeto de protección o tutela la seguridad de la comunidad frente a riesgos por la libre circulación y tenencia de armas de fuego, que no se encuentren bajo registro o control; esto es, la restricción del uso ilegítimo de un arma, que incrementa su mayor peligrosidad, si se encuentra desprovisto de todo control de la Administración; lo cual resulta útil a efectos de incorporar un baremo de legitimidad a la intervención del derecho penal.

CUARTO: En esta línea de análisis, en el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad[31] de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "... que, ***ilegítimamente***, fabrica, almacena, suministra o ***tiene en su poder*** bombas, armas, municiones o materiales explosivos..."; en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o ***tenencia ilegal*** de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de **ilegitimidad** se originan a partir de una irregularidad administrativa [32], esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

QUINTO: De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una **tenencia irregular** de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de **tenencia ilegal** de arma de fuego;

---

[31] Estos es, deberá emplearse los criterios de interpretación teleológicos, lo cual se plasma: "cuando se busca el sentido o finalidad de la norma". Villa Stein, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley 2008, p. 137

[32] En referencia a la carencia de algún elemento esencial que le dote de validez para su ejecutabilidad.

lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal[33] , propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa **ilegitimidad es absoluta** y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudecial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima"[34].

SEXTO: Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad[35] de la conducta estos resulten sumamente gravosos[36] , y de ultima ratio[37] ; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, **tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración**, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP Nº 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre de 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria,

---

33 Conforme a este principio "antes de imputar un resultado hay que atender al objeto de tutela de la norma". VILLA STEIN, JAVIER. Derecho Penal Parte General. Lima: Ara Editores, p. 301.

34 El Código Penal en su jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2007. Primera reimpresión octubre 2007. LimaPerú, p. 353

35 La lesividad en el derecho penal debe preconizar su intervención mínima.

36 Carácter fragmentario del derecho penal.

37 El derecho penal debe actuar en forma subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que sólo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios e solución social del problema; en Villavicencio Terreros, Felipe; Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006, p. 93.

denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

100

§100. Tenencia ilícita de armas de fuego y municiones

Recurso de nulidad	357-2018-ÁNCASH
Fecha	4 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 279, 279-G del CP.

RESUMEN:

El tipo penal es uno de peligro abstracto o difuso, distinto al de mera actividad. Esto significa que solo se infringe el precepto legal del artículo 279 del Código Penal cuando se posee un material prohibido que tiene entidad para crear un peligro concreto en la seguridad común. La potencialidad del peligro es un elemento del tipo que requiere de prueba objetiva que así lo acredite, como la pericia balística.

FUNDAMENTOS:

QUINTO. El delito de tenencia ilícita de armas y municiones es uno de peligro abstracto o difuso, que posee como bien jurídico tutelado la seguridad pública, en tanto que "se alteran las condiciones de seguridad común, y no solo el sentimiento de tranquilidad pública"[38]. Aunque el objeto de tutela esté integrado por un peligro abstracto, tiene que verificarse la conversión de ese peligro hipotético en uno real y efectivo, pues la intervención penal solo resultará justificada en los

[38] ALBERTO DONNA, Edgardo. Derecho penal. Parte especial. Tomo II-C. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Edites, p. 92.

supuestos en que el arma o el material objeto de la tenencia posean una especial potencialidad lesiva.

De ahí que, aunque el tipo penal no lo especifique o desarrolle de forma expresa, es imprescindible a la hora de interpretar el precepto que se verifique que el arma u el objeto está en condiciones de funcionar con la posibilidad de crear un peligro en la seguridad ciudadana[39].

SEXTO. Tanto el Tribunal como el fiscal superior se limitaron a cotejar si se incumplió la prohibición penal de tener armas y municiones para erigir sobre ello el juicio de condena, como si el tipo penal constituyera un ilícito meramente formal que penalizara el incumplimiento de una prohibición administrativa[40]. La sentencia recurrida hace una remisión ciega del artículo 279 del Código Penal a la legislación administrativa, sin verificar si los objetos incautados estaban en condiciones de funcionar, esto es, que eran idóneos para crear un peligro a la seguridad ciudadana e indirectamente a la vida y la integridad física de las personas.

SÉPTIMO. En estricto respeto del principio de legalidad penal, ha de procederse conforme a la facultad conferida por el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales y disponerse la realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, en el que deberá actuarse la pericia balística respectiva que determine el funcionamiento del material incautado, tanto más si el procesado Máximo Quezada Castillo solo reconoció la posesión de dos escopetas de caza que habría usado para cuidar a sus animales del abigeato.

Además, añadió que no estuvo presente al momento de la intervención policial, que su esposa fue privada de su libertad por espacio aproximado de año y medio y, luego, fue absuelta por otro Tribunal Superior por los mismos hechos. Aunque aquella firmó el acta de incautación e intervención domiciliaria, el encausado recurrente precisa que no sabe leer ni escribir.

OCTAVO. Corresponde verificar de oficio la situación jurídica del procesado, quien fue privado de su libertad el veinte de noviembre de dos mil diecisiete, en virtud del mandato de detención que se le impuso en el auto apertorio de instrucción, del veintisiete de junio de dos mil cinco, obrante a foja 64.

Desde aquella fecha hasta la actualidad han pasado quince meses y diecinueve días, por lo que se ha superado en exceso la duración de la prisión

---

39 En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Español 102/2007, del dieciséis de febrero de dos mil siete.

40 Según la Ley número 30299 (Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil).

preventiva prevista en el inciso 1 del artículo 272 del Código Procesal Penal, cuya vigencia a nivel nacional fue introducida con el Decreto Legislativo número 1307, publicado el treinta de diciembre de dos mil dieciséis –y su vigencia se dio a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano–.

Por tales razones, ha de disponerse la inmediata libertad del procesado Máximo Quezada Castillo, siempre que no exista contra él otro mandato u orden de detención emitido por autoridad competente. Sin perjuicio de ello, de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 273 del Código Procesal Penal, corresponde dictar las medidas restrictivas necesarias para asegurar la presencia del encausado en el nuevo juicio oral.

B. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

101

§101. Delito de TID, correo de drogas, y su agravante

Acuerdo Plenario	3-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 10°

RESUMEN:

Para ser considerado autor del delito de TID ***es suficiente el mero acuerdo previo entre los sujetos,*** *sin que sea imprescindible que haya existido ya la repartición de roles concretos y de las función que deberán ejecutar cada uno de ellos; siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*

Por ello, ***a pesar que el "correo de drogas" sólo interviene en el transporte y es ajeno al núcleo de personas que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte, se le considera autor del delito de TID****. Sin embargo, para que a dicho sujeto le alcance la agravante regulada en el inciso 6) del art. 297º CP, el sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El inciso 6) del artículo 297° del Código Penal, en el texto establecido por el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, que por lo demás respeta la norma que lo introdujo (parcialmente la norma originaria aprobada por Decreto Legislativo número 635, del ocho de abril de mil novecientos noventa y uno; artículo 297°.1), y, con una mayor identidad, la Ley número 26619, del nueve de junio de mil novecientos noventa y seis, aunque incorporó, conforme a la Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, el supuesto de "*...dedicación a la comercialización de insumos para su elaboración*"), comprende, alternativamente, dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la ***primera***, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la ***segunda***, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.

7°. En materia de análisis la primera circunstancia que integra el sub tipo legal agravado de tráfico ilícito de drogas, esto es, cuando "el hecho es cometido por tres o más personas...". Desde esta perspectiva, es de analizar si es posible subsumir dentro sus disposiciones la conducta de los denominados "correos de droga" o "burriers" (jerga que combina los vocablos "burro" y "courier").

Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga – usualmente, cocaína, marihuana u opio- en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública – agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras-.

Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo.

8º. El presupuesto para determinar la punición de los "correos de droga" es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores –objeto material del delito- y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser dolosa –que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros-, pues de lo contrario incurrirían en error de tipo (Joshi Jubert, Ujala: Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368º del Código Penal. J.M Bosch Editor, Barcelona, mil novecientos noventa y nueve, páginas ciento ochenta y cuatro).

Asimismo, y con carácter previo a la dilucidación de la aplicación de la referida circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297º del Código Penal y de cara al planteamiento inicial del problema objeto de análisis, resulta necesaria la intervención de tres o más personas en el planeamiento y ejecución del acto de transporte. Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho – en sus diversas facetas e indistintamente- de tres a más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión. Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva.

9º. Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Éste debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296º del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y éste último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El tráfico –enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes- delictivos en este caso-, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre

ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

El "correo de drogas", desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7º del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien realiza el transporte.

Así las cosas, el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el "correo de drogas". Este último es, por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global, la conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del "correo de drogas", aún cuando subordinada en el aspecto económica a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario.

En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas – en este caso, de transporte- son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cual es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

10º. Ahora bien, el sub tipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretado desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por tanto, no sólo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto de transporte, que el "correo de drogas" – por ser tal- sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido

o se vaciaría de contenido los supuestos de codelincuencia, que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito como el tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296º del Código Penal.

Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El sujeto activo no sólo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o mas personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) -ese el rol típico del "correo de drogas-, sino que su intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vinculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos.

El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como: ***(1)*** La obtención, en cualquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o ***(2)*** la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte; ***(3)*** Actos de intermediación, ***(4)*** Actos de guarda previa o almacenaje, ***(5)*** Actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa.

El agente, en consecuencia, ***ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas***, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, ***significan un nexo más intenso***, aun cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. ***En ese caso el agente ya no sería un mero "correo de drogas" sino un coautor*** incurso en el sub tipo agravado del inciso 6) artículo 297 del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado".

102

§102. Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de interpretación

Acuerdo Plenario	3-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7º

RESUMEN:

La agravante del delito de TID regulada en el inciso 6 del art. 297º CP ***exige que cada participante conozca la intervención de los demás sujetos en la comisión del delito,*** *de forma que no es suficiente la mera existencia o concurrencia de una pluralidad de agentes.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** La primera parte del inciso 6 del artículo 297º del Código Penal, modificado por la Ley 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, conmina con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, cuando el delito de tráfico ilícito de drogas es "... *es cometido por tres o más personas...*"

7º. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad -por su carácter agravado- a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que:

a. La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297º.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).

b. La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297° del Código Penal.

c. Es entonces el ***conocimiento***, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen -o necesariamente intervendrán- por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante.

d. La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297° del Código Penal."

103

§103. Adecuación de penas por modificaciones de la Ley Nº 28002-TID

Recurso de nulidad	352-2005-CALLAO
Fecha	16 de marzo de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Ley 28002
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6°

RESUMEN:

*Los **criterios de sustitución** establecidos por la Ley N° 28002 indican que, PRIMERO, si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; SEGUNDO, que si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; TERCERO, que si fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y, CUARTO, que si fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base, no se podrá reducir la pena.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Que para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las partes conminadas en los artículos doscientos noventiseis y doscientos noventisiete del Código Penal antes de la Ley número veintiocho mil dos y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, el Pleno Jurisdiccional de Trujillo acordó los siguientes criterios de sustitución: ***a)*** Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; ***b)*** Si la pena impuesta fue el mínimo

anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; ***c)*** Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; ***d)*** Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo doscientos noventa y seis), no se podrá reducir la pena."

104

§104. La configuración de la agravante por la condición especial de profesional sanitario en el delito de tráfico ilícito de drogas

Casación	738-2014 – CAJAMARCA
Fecha	29 de setiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 296° y 297° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2°, 2.2°, 2.3° y 2.4°.

RESUMEN:

Para configurar la agravante por tráfico ilícito de drogas, contenida en el inc. 3 del artículo 297°, el sujeto activo debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

2.2: A criterio de este Tribunal Supremo, la agravante sub examine se funda en la deslealtad del profesional sanitario de cautelar la salud de los ciudadanos y

de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de "profesional sanitario o de salud", sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud que trae el consumo ilegal de estupefacientes.

2.3: Considerar la configuración de la agravante por la mera condición de "profesional sanitario" importaría la implantación de una forma de Derecho Penal de autor, incompatible con un Estado constitucional de Derecho que se garantiza. Por tanto, no se puede admitir que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor.

2.4: De este modo, la referida agravante se configurará cuando el sujeto activo cumpla con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

105

§105. Alcances interpretativos de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP

Casación	126-2012-CAJAMARCA
Fecha	13 de junio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Rozas Escalante y Salas Arenas.
Derecho Penal	Alcances interpretativas de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP.
Disposiciones estudiadas	Art. 297°.2 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2.4° al 2.9°

RESUMEN:

Los requisitos que exige el inciso 2 del artículo 297° de nuestro CP. para la configuración de la agravante son las siguientes: Que el ***sujeto quien ejerce la posición funcional como educador –así tenga o no título profesional-, tenga una cercanía y autoridad frente a los estudiantes****, estos últimos deben estar en una situación donde aún no hayan alcanzado la edad suficiente que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo de drogas o estupefacientes. Todo esto tiene que derivar a una deslealtad con la causa pública de la educación así como una mayor facilidad para la difusión de drogas en su entorno.*

FUNDAMENTOS:

2.4. A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante sub exánime, **se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador**, esto es, la mayor cercanía

y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza.

De lo que se desprende que **para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser incluidos por el comportamiento de su maestreo o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoridad al consumo de estupefacientes.**

2.5. En dicha línea argumental, cabe subrayar que tal agravante es independiente de la que correspondería si **el sujeto activo del delito además se sirva de los menores para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o si traficara en sede educativa o su entorno, en cuyo caso se configuraría concurso de agravaciones.**

2.6. El considerar el solo hecho de la condición de docente (profesional o no profesional) importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor que el Estado democrático recusa y que daría lugar a paradojas tales como castigar por la modalidad agravada al profesor graduado que nunca ejerció la docencia que hubiera perpetrado tráfico ilícito de drogas sin nexo alguno con la actividad educativa.

2.7. A raíz de lo expuesto, la configuración de la referida agravante estará suspendida a la verificación de los siguientes elementos: **a.-** De modo general la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; **b.-** El agente tiene profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, a modo general, el título profesional de educador; **c.-** El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; **d.-** El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; **e.-** Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia centros deportivos donde se practica deporte, dada que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

2.8. Aunado a ello, es preciso resaltar que cuando el legislador incorporó dicha figura a la ley tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado, debido a

que la ley no distingue a formarse. Nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar; abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aún administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. Valga recordar que educar es encaminar, dirigir, doctrinar a la par que también implica desarrollar las facultades intelectuales y morales de quien recibe esa educación, por medio de preceptos, ejercicios y primordialmente (...)[41].

2.9. Es de anotar que la ley no ha establecido circunstancia especial vinculada a la edad de las víctimas (alumnos o estudiantes) por lo que no existe referente etário que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico (artículo 46 del Código Penal).

FUNDAMENTO DEL VOTO SINGULAR:

PRIMERO: DE LA PENA DE MULTA

1.1. La aplicación de la pena de multa por los tribunales sentenciadores suscita problemas de diferente calado; así por ejemplo, Du Puit ha puntualizado, que: a. La multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto solo constituye una manifestación del criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena. Su imposición pierde todo sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad. En este caso, será sentida como una doble injusticia social: agravación de la desigualdad social por razones económicas[42]; y b. Junto

---

[41] ABEL CORNEJO, Estupefacientes – Segunda Edición actualizada - Editorial Ribunzal Culsoni Editores – 2009, Argentina, pp. 176-177.

[42] Si no queda más remedio que hacer uso de criterios genéricos por falta de datos suficientes acerca de la situación económica del acusado, creo que lo más adecuado es acudir al principio in dubio pro reo, y optar, en consecuencia, por la solución que resulte más favorable para el acusado. En la práctica, el criterio apuntado supondrá fijar la cuota diaria de multa en la cuantía mínima prevista por la ley, salvo en aquellos casos en los que se disponga de datos que, aun siendo incompletos, revelen que el acusado tiene capacidad económica para soportar el pago de una multa con una cuota diaria superior a la mínima legal. Claro está, esa solución puede conducir a imponer multas ínfimas a condenados que, tal vez, cuenten con recursos económicos suficientes para afrontar el pago de una multa de importe más elevado. Pero resulta preferible asumir este riesgo en vez de atribuir al acusado, sin ningún fundamento objetivo ni datos acreditados, una capacidad económica que puede ser realmente inexistente, y que, a la postre, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria de aquel por imposibilidad de hacer efectivo el pago de la multa. Al fin y al cabo, estamos ante una cuestión que si bien no afecta a la determinación de la culpabilidad del acusado, sí incide directamente en la extensión de la pena a imponer, aunque se trate de una pena pecuniaria. Ver CACHÓN CADENAS, Manuel. La

a esta necesidad de volver a plantearse la necesidad de la multa en relación con la realidad social y económica, debe buscarse regularla de manera más simple y coherente en el Código Penal. Ante las deficiencias de la ley, los jueces no deben esperar una modificación de la ley, sino que deben tratar, mediante una interpretación creadora, de corregir las deficiencias y completar las lagunas del texto legal de acuerdo con los principios del Derecho Penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales[43].

1.2. En el régimen penal peruano, la capacidad económica se contempla en la graduación del porcentaje como de la sanción, que ha de ser del veinticinco al cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado.

1.3. Por su parte, Prado Saldarriaga ha subrayado (en el año mil novecientos noventa y siete) que, de la revisión analítica, recaída sobre una importante muestra del volumen de sentencias condenatorias y dictámenes fiscales que vienen emitiendo los operadores del sistema judicial nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se percibió diferentes problemas y distorsiones en la aplicación, determinación y ejecución de la pena pecuniaria. Muchas de las dificultades y errores registrados en el proceder jurisdiccional se deberían, a nuestro entender, a la influencia de distintos factores, cuya etiología resulta ser fundamentalmente de carácter psicosocial. De ellos, cabría mencionar como predominantes a los siguientes. De un lado, la escasa información que se suministra a abogados, jueces o fiscales en la formación universitaria o de capacitación funcional sobre la naturaleza, características y operatividad de las consecuencias jurídicas del delito en general, y de la multa en particular. Y, de otro lado, el escaso valor que el operador judicial parece conceder a las penas no privativas de libertad, las que, las más de las veces, son apreciadas como sanciones leves y poco útiles a objetivos de prevención general. De allí que sea frecuente que la jurisprudencia analizada conceda únicamente la pena privativa de libertad la condición de pena principal[44].

---

pena de días-multa: El difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado. En: Problemas actuales de la justicia penal. Joan Picó i Junoy (director), Bosch, Barcelona, 2001, p. 194.

[43] DU PUIT, Joseph. "*La pena de multa*". En: Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. José Hurtado Pozo (director), Grijley, Lima, 1999, p. 174.

[44] Agregando que generalmente la documentación procesal que hemos revisado presenta los siguientes defectos:

§ Determinación parcial del monto pecuniario de la pena de multa.

§ Percepción errónea de la multa como pena accesoria.

§ Extensión indebida de la suspensión de la ejecución de la pena a la multa.

§ Aplicación errónea de la pena de multa en un régimen de reserva de fallo condenatorio.

1.4. Emerge como común denominador la adopción de una defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador, y como corolario de ello, potenciales errores en materia interpretativa por parte del órgano jurisdiccional sentenciador.

SEGUNDO: AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

2.1. La libertad es un bien esencial de la dignidad humana (artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso uno del artículo nueve del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, e inciso sétimo del Pacto de San José de Costa Rica), que se debe afectar en tanto y en cuanto corresponda por mandato judicial, antes de la sentencia penal, con las exigencias que la ley procesal ha establecido para decidir tal medida.

2.2. El Tribunal Constitucional, precisó que: es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y, al mismo tiempo, un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado, ya que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante la ley, conforme lo establece el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Norma Fundamental. Por ello, se afirma que no toda restricción o privación al derecho a la libertad individual es per se inconstitucional, pues puede verse legítimamente limitada. Sin embargo, puede verse afectada de manera arbitraria con mandatos de prisión preventiva, sentencias condenatorias o la imposición de una medida de seguridad que derive de una resolución judicial arbitraria expedida con violación al debido proceso[45].

2.3. El descuento ha puesto en el artículo cuarenta y siete del Código Penal (considerado integrum) que en el caso de tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad y multa, la privación preventiva de libertad nacida en la pena con doble consideración; en la privación de libertad y en su afectación patrimonial [sic].

---

§ Deficiencias en la utilización de las normas sobre cumplimiento del pago de la multa.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa". En: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito. Pontificia Universidad Católica, Ara Editores, Lima 1997, p. 341.

[45] Ver la sentencia emitida en el Exp. N° 03425-2010-PHC/TC-Lima, del 14 de enero de 2011.

TERCERO: DEL DEBER DE LOS JUECES DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICOS PENALES:

3.1. Desde la perspectiva doctrinaria

3.1.1. La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los jueces y tribunales. Consiste en el proceso por el que se trasforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, y las reglas que conforman la parte general, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales. Esta decisión no es arbitraria sino que responde a una serie de procesos, informados por las reglas de la parte general del Código Penal, que el juez debe observar en concordancia con los márgenes de discrecionalidad de que goza.

3.1.2. En el Estado Democrático se impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Lo anterior significa que tanto la pena, su aplicación e imposición deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface la exigencia de seguridad jurídica que también constituye una garantía.

3.1.3. Siguiendo a Mir Puig, del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Y dado el tema de discusión, se debe resaltar que la garantía jurisdiccional exige que la imposición de la pena debe determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido.[46]

3.1.4. En esta línea argumental, desde la perspectiva de la lex certa, la norma penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva esta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien

---

[46] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 77.

en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos[47]. La prohibición que da origen a la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas.

3.1.5. Finalmente, según Zaffaroni, el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal[48]. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de establecimiento de delitos y penas, las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo. 3.2. Desde la perspectiva constitucional.

3.2.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, que garantiza el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

3.2.2. En tal sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva que se exprese no solo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c)que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión.

---

[47] BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Akal, Madrid, 1990, p. 36.

[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112.

3.2.3. Asimismo, el Supremo Intérprete de la Constitución en relación con la determinación de la pena, afirma que la individualización de la pena privativa de libertad se encuentra fundamentada por el órgano jurisdiccional, cuando la imposición de la pena ha estado precedida de la evaluación de "las circunstancias de la perpetración del evento delictuoso, así como la responsabilidad que tuvo el actor para su comisión, hechos que han sido acreditados en autos", y sustancialmente "que se le impuso una pena de acuerdo al marco normativo que sanciona el citado delito".

CUARTO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO PENAL

4.1. Conforme a lo expuesto, la configuración y determinación de toda forma de sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación.

4.2. El problema que subyace en el caso sub examine está relacionado con aquellos hechos punibles en donde la pena de multa converge por estar conminada en forma conjunta con una pena privativa de libertad, que puede ser de cumplimiento efectivo o suspendida de efectividad, pero cuando en la investigación se dispuso mandato de detención, que se prolonga hasta dictada la sentencia con o sin privación de libertad efectiva. En tales situaciones, puede ocurrir, por tanto, que el condenado se haya visto privado de su libertad durante todo el discurrir del proceso penal.

4.3. Sentado lo expuesto, en el análisis interpretativo del referido dispositivo legal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) El primer párrafo del artículo 47 del Código Penal no hace sino demostrar que la privación de la libertad decidida intraproceso penal al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del quántum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal, tan es así que incide en el quántum de la pena impuesta a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia.

ii) Por mandato del segundo párrafo del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso cancelatorios, sobre la pena de multa, conforme a lo estipulado en dicha norma ("Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención").

iii) Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación con la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia, a partir del principio de legalidad se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa, y que todos los jueces deben observar dichos efectos en el momento de imponer la pena de multa, debiendo en su caso descontar o de corresponder, darla por cumplida (compurgada).

4.4. En ese sentido, al haberse configurado la conducta delictiva del encausado bajo los alcances normativos del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, que sanciona al agente, además de con pena privativa de libertad, con pena de multa de 120 a 180 días multa, se deberá realizar el computo dentro de su extremo mínimo al haberse impuesto la sanción en el extremo mínimo legal, en aplicación del principio de proprocionalidad.

4.5. En consecuencia, en el presente caso, el encausado Arribasplata Vargas honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia de primera instancia) la dimensión temporal y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad) conforme es de verse del cuadro ilustrativo que a continuación se presenta:

Cómputo de la pena de multa al amparo del SEGUNDO párrafo del artículo 47 del Código Penal						
Encausado	Fecha de detención	Sentencia de primera instancia	Días de detención (a la fecha de emisión de la citada sentencia)	Imposición concreta de la pena de multa	Aplicación del SEGUNDO párrafo del artículo 47 del Código Penal (1x2)	Estado de cumplimiento
Elmer Arribasplata Vargas	24 de diciembre de 2010	25 de noviembre de 2011	11 meses y 1 día = 331 días	120 días-multa	331x2 = 662 (dúplica de días de detención): dimensión mayor a 120 días-multa	Compurgada

Por ello: Mi voto es porque se declare compurgada la pena de multa.

106

§106. Tráfico ilícito de drogas

Recurso de nulidad	245-2018-LIMA SUR
Fecha	19 de noviembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 296 del CP

RESUMEN:

Ninguno de los agravios expuestos por el inculpado generan nulidad, pues no alcanzan a romper el esquema probatorio que llevó a la convicción de su responsabilidad, ya que las declaraciones incriminatorias gozan de aptitud probatoria al haberse realizado ante el señor representante del Ministerio Público con las garantías correspondientes, además de las otras pruebas actuadas.

FUNDAMENTOS:

3. Consideraciones del Tribunal Supremo

TERCERO. Del estudio de autos se desprende que los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público, así como la decisión condenatoria contra el recurrente, se ajustan a ley, toda vez que:

3.1. Según el informe policial de foja uno, la intervención policial contra el procesado y el hallazgo de la droga incriminada fue en mérito de un operativo que tenía la finalidad de contrarrestar la comisión de delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de microcomercialización.

Así, se observó al recurrente con el torso desnudo en el frontis de un inmueble vendiendo drogas al menudeo a personas que transitaban por el lugar. Al ser sorprendido, ingresó al referido inmueble, acción que legitimó el ingreso a aquel del personal policial interviniente bajo la figura procesal de la flagrancia continua.

3.2. Ello ha sido corroborado por el efectivo policial interviniente SO3 PMP Jimmy Nicolay Beltrán Modesto, quien en presencia del representante del Ministerio Público y del abogado de la defensa agregó que, al intervenir al recurrente, se le encontraron en el bolsillo lateral del short setenta y dos ketes de pasta básica de cocaína, lo que consignó en el acta de registro personal, comiso de droga e incautación de dinero y especie, de foja cincuenta y ocho, del cual se ratificó en el contenido y firma. Luego su compañero, al realizar el registro domiciliario, encontró sobre una mesa una bolsa que contenía mil doscientos setenta y seis ketes de pasta básica de cocaína, incriminación reiterada en juicio oral.

3.3. Similar versión es la brindada por el efectivo policial SO3 PNP Davies Antonio Romero Huamán, quien ante la señorita fiscal y el abogado de la defensa agregó que fue él quien realizó el registro domiciliario y encontró sobre la mesa de la sala comedor la bolsa que contenía mil doscientos setenta y seis ketes de pasta básica de droga en su interior, motivo por el cual se ratificó del acta de registro domiciliario y comiso de droga de foja cincuenta y siete. Precisó que, cuando halló dicha droga, el recurrente Casas Aguirre se encontraba presente.

3.4. Hasta este punto del análisis se puede apreciar que la intervención al recurrente Casas Aguirre fue en mérito de un operativo policial ajeno a cualquier injerencia de la testigo Cervantes Espinoza. Además, la responsabilidad del delito ha sido acreditada con las testimoniales y documentos citados.

3.5. Si bien la testigo Yolanda Violeta Cervantes Espinoza, en presencia de la representante del Ministerio Público y el abogado de la defensa, indicó que vivía en el segundo piso del inmueble donde vivía el recurrente y, al tener conocimiento de que este y su conviviente vendían drogas en su domicilio y los alrededores, puso una denuncia en la comisaría, ha de señalarse que dicha incriminación fue realizada trece días después de la intervención al recurrente, la cual fue reiterada ante el plenario, donde

detalló que los compradores venían en motos, carros o a pie y, como se equivocaban de puerta (porque tiene una puerta independiente en el primer piso), tocaban la suya pidiéndole droga. Por ello, se cansó e hizo la denuncia policial.

3.6. Además de ello, existe el acta de visualización de video de foja noventa y siete, realizada ante la señorita fiscal y la defensa técnica del recurrente Casas Aguirre, donde quedó registrada en video su intervención y el hallazgo de la droga incriminada.

3.7. A todo lo expuesto, resulta irrelevante lo señalado por Gilmer Salinas Valladares –quien afirmó que el dinero incautado al recurrente fue del vuelto que él le había dado para que comprase alimentos–, como también resultan irrelevantes las denuncias que existen entre la conviviente del recurrente y la testigo Yolanda Violeta Cervantes Espinoza.

CUARTO. Así, ninguno de los argumentos expuestos por el inculpado generan nulidad, pues no alcanzan a romper el esquema probatorio que llevó a la convicción de su responsabilidad, toda vez que las declaraciones incriminatorias gozan de aptitud probatoria al haberse realizado ante la señora representante del Ministerio Público y en presencia de la defensa técnica del recurrente, además de las otras pruebas actuadas. En consecuencia, al encontrarse debidamente motivada y correctamente sustentada la sentencia emitida por el Tribunal Superior, el presente recurso debe ser desestimado.

QUINTO. Por otro lado, si bien no se cuestionó la duración de la pena de inhabilitación, este Supremo Tribunal se encuentra habilitado para revisar las sanciones impuestas que les sean favorables al acusado, por lo que cabe un pronunciamiento respecto a la pena de la inhabilitación impuesta al encausado.

Así, se advierte que a este se le impusieron cinco años de pena de inhabilitación, prevista en los incisos dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal. El primero referido a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. El segundo, constituido por incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que tenga relación o afín con el delito materia de la sentencia. Al respecto, este Tribunal considera que la sanción de cinco años impuesta en este extremo no se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo treinta y ocho del Código Penal. Por tanto, debe anularse para reformarla proporcionalmente y reducirse a seis meses.

13. DELITOS AMBIENTALES

107

§107. Alteración de ambiente o paisaje: Elementos objetivos del tipo penal

Casación	74-2014 – AMAZONAS
Fecha	7 de julio de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 68 del CP; Arts. 313 y 427 del CPP y Art. 25 de la Ley 26834.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	25°, 26° y 29°

RESUMEN:

Los delitos de alteración del ambiente o paisaje al no encontrarse limitados abarca todos aquellos espacios donde exista un ambiente natural carente de presencia humana.

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO QUINTO: El tipo penal antes mencionado presenta los siguientes elementos, tanto objetivos como subjetivos. En primer lugar, no requiere una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que cualquier persona puede cometer el presente delito. En segundo lugar, la acción típica se compone de tres elementos objetivos.

A. Tiene que darse una actividad capaz de impactar en el medio ambiente. El tipo penal ha circunscrito dicha actividad a la construcción de obras o tala de

árboles. Por ende, si existiera otra actividad que también pudiera afectar al ambiente, ésta no será punible en este tipo penal, por la limitación puntual realizada por el legislador.

B. La contravención a las disposiciones de la autoridad administrativa, que implica que existe una autoridad competente para emitir un pronunciamiento sobre la obra a edificar o sobre los árboles a talar. Al igual que en el anterior elemento normativo, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público para emitir un pronunciamiento sobre la acción antes mencionada, caso contrario la conducta será atípica. Cabe resaltar que la disposición emitida por la autoridad debe referirse a la materia ambiental, pudiendo -por ejemplo- vincularse al impacto o la compatibilidad de la actividad con el medio ambiente. Por ende, el funcionario público deberá ser una autoridad que goce de competencias en materia ambiental.

C. El resultado de la construcción de obra o tala no autorizada es la alteración del medio ambiente –no exigiéndose que se trate un área natural protegida- por ello, el tipo penal precisa que se trata de la alteración del ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o se modifica la flora y fauna del lugar. Finalmente, es necesario advertir que se trata de un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa.

VIGÉSIMO SEXTO: El tipo penal antes mencionado no establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente. Por tanto, el tipo penal abarca todos aquellos espacios donde exista un ambiente natural, en buena cuenta, carente de presencia humana (bosques primarios) o que teniéndola, no sea tan significativa. Asimismo, también se concreta en los paisajes urbanos o rurales, en la modificación de flora y fauna. El tipo penal no precisa el origen de la competencia de la autoridad que ha de emitir el pronunciamiento. Por lo tanto, a efectos de la configuración del tipo penal, interesa la competencia de la autoridad, más no la fuente de la misma. De ahí que ésta puede provenir de las distintas disposiciones normativas en sus diferentes grados; es decir, normas de rango constitucional, de Ley, Decretos Supremos, entre otros. Lo importante es que se trate de una disposición que, válidamente, dote de competencia a la autoridad para emitir el pronunciamiento en la materia.

VIGÉSIMO NOVENO: Sin embargo, este Supremo Tribunal advierte que conforme a la Ley N° 26834, la cual regula las Áreas Naturales Protegidas, en su artículo 25, se hace mención a la llamada Zona de Amortigua miento, la cual se define como: "Artículo 25.- Son zonas de amortiguamiento aquellas zonas adyacentes a las Áreas Naturales Protegidas del sistema, que por su naturaleza y

ubicación requieren un tratamiento especial para garantizar la conservación del Área protegida. El Plan Maestro de cada área definirá la extensión que corresponda a su Zona de Amortiguamiento. Las actividades q u e se realicen en la zona de amortiguamiento no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Área Natural Protegida." Las Zonas de Amortigua miento, directamente, no forman parte del Área Natural Protegida, pero sí son importantes para que la misma pueda subsistir. De ahí que el ordenamiento jurídico establezca disposiciones especiales para regularla, y para que se puedan realizar actividades económicas en ella, sin que ello pueda afectar al medio ambiente en general y al Área Natural Protegida en particular. Conforme lo señalado afirmamos que la Zona de Amortiguamiento tiene condiciones especiales, que se deben respetar pues son fundamentales para el cuidado y sostenibilidad del Área Natural Protegida. Es por ello que su regulación se da mediante la Ley N° 26834, artículo 8, literal "i", y más específicamente por el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, emitida por el Decreto Supremo N° 038- 200 1 -AG (Subcapítulo II, artículos 61 , 62, 63, y 64) . Finalmente, debemos de agregar que el área de la Zona de Amortigua miento no puede ser indefinida (pues su regulación resultaría ilegal); por ello, el límite debe ser especificado e n el Plan Maestro de oda Área Natura l Protegida (artículo 60 del reglamento de la Ley de las Áreas Naturales Protegidas). Con ello queda claro que si bien la Zona de Amortiguamiento, no forma parte del área delimitada del Área Natural Protegida, sí tiene protección y una regulación específica, en la cual para el a provecha miento de sus recursos o habilitación de infraestructura se necesita de la Compatibilidad y Opinión técnica pertinente, véase artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas".

8. DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

A. TERRORISMO

108

§108. Terrorismo: La consulta de la decisión de extinción en estos procesos, en caso de muerte comprobada del imputado es innecesaria

Consulta	16-2014-LIMA
Fecha	29 de agosto de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	D. Leg. Nº 923
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2.3° y 2.4°

RESUMEN:

Cuando queda comprobada fehacientemente la muerte del encausado, no resulta necesario efectuar la elevación de la causa en consulta al Superior Tribunal, puesto que el poder persecutorio del Estado quedó agotado y se torna imposible proseguir el encausamiento para todo efecto. Se trata de una excepción razonable a la regla legal de tal consulta.

FUNDAMENTOS:

2.1. La consulta es un instituto que en sentido estricto no constituye un recurso impugnatorio -se trata, en pureza, de un remedio procesal *ope legis*-, pues implica reexaminar lo ya resuelto por el a qua, conforme también lo establece el

Decreto Legislativo N.º 923, solo en los casos en que lo decidido resulte desfavorable al Estado, a fin de que nuevamente el superior jerárquico la estudie y apruebe tal decisión, si fuera el caso4; sin embargo, tiene efectos procesales semejantes a un recurso impugnatorio. No obstante ello, la consulta es un imperativo legal, y solo en razón a ella se eleva la resolución al juez superior en grado. En tal virtud, solo se aplica en determinados supuestos y conforme la norma taxativamente lo señala.

2.2. En el caso en particular, conforme se ha expuesto, la Sala Penal Nacional declaró extinguida la acción penal por muerte del imputado al haber quedado plenamente acreditada con la Partida de Defunción N.º 00445308 expedida por la Municipalidad Distrital de YanacanchaCerro de Paseo (folio dos mil setecientos ochenta y seis).

2.3. Es obvio que el deceso del imputado imposibilita que se le procese y se le condene, es decir, impide con carácter definitivo la perseguibilidad que el Estado pueda ejercer *-ius persequendi-*, a pesar de que la resolución resulte desfavorable, puesto que contra la decisión de la extinción de la acción penal por muerte no hay recurso viable que interponer, siempre y cuando esté comprobado fehacientemente el fallecimiento

2.4. Debe entenderse que la consulta, por su propia lógica y función procesal, solo es procedente respecto de resoluciones de mérito que se pronuncien, de un modo u otro, sobre el objeto procesal en orden a su falta de relevancia jurídica penal o a la insuficiencia probatoria acerca de los cargos atribuidos, pero no cuando a partir de un medio de prueba irrefutable -específicamente, documental pública no tachada u observada- o de la simple aplicación normativa se ampara o declara la presencia de su impedimento procesal que importa la clausura o archivo definitivo de la causa referida a un concreto imputado.

2.5. Por tanto, la consulta en estos casos carece de efecto, lo que deviene una excepción al imperativo legal de elevación. Siendo así, pese a que la cancelación del procesamiento resulte desfavorable al interés del Estado, porque el encausamiento no puede llegar a las paradojas de la irracionalidad, lo que debe ser tomado en cuenta para evitar actividad inútil y dispendio de recursos en consultas que no son viables, debiendo observar los órganos jurisdiccionales esta orientación jurisprudencial.

109

§109. Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal

Consulta	126-2004-LIMA
Fecha	20 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penales Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley N° 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3°

RESUMEN:

*El delito de colaboración terrorista es un **delito de actividad y de peligro abstracto** en el que importa la comisión de actos preparatorios. Se caracteriza por ser un **delito residual**, ya que mediante él se castigan los hechos siempre que no se haya obtenido un resultado típico, y por contar en su tipo subjetivo con un **dolo integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida.** Sujeto activo del delito de colaboración terrorista solo puede ser aquél que **no forma parte de una asociación de este tipo**.*

*Por tanto, **los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista** son **tipos penales autónomos** y que por su propia naturaleza son **implicantes entre sí.** Es a causa de ello que **no suponen en ningún caso la presencia de un concurso ideal.***

FUNDAMENTOS:

"**3°.** Que es de precisar que los ***delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos*** y, como tal, están

contemplados en normas jurídicas específicas: artículos cinco y cuatro, respectivamente, del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que ***no se puede admitir***, en ningún caso, ***supuestos de concurso ideal.***

Que el delito de colaboración terrorista: ***a)*** Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto -no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), delito que es independiente de las posibles acciones o actos terroristas; ***b)*** Importa la comisión de actos preparatorios -realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración- especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista -anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad; ***c)*** Es un delito residual o subsidiario, pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado -en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento-, pues de ser así -en virtud del principio de absorción- se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y, ***d)*** El dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas; que, asimismo, el sujeto activo de este delito sólo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un "extraneus"; que, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliado.

Que, por otro lado, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aun cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general -así: "cualquier tipo de bienes o medios (...) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos (...)"-; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad -verbigracia: "(...) cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (...)

prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)"-; que, pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de lex stricta, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas."

110

§110. Interpretación del delito de Terrorismo

Recurso de nulidad	3048-2004-LIMA
Fecha	21 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 2º del Decreto Ley N° 25475

RESUMEN:

*El tipo básico de terrorismo incluye en él un **elemento subjetivo tipificante expresado en la subversión del régimen político ideológico que ha sido establecido de manera constitucional.** Por otro lado, desde la tipicidad objetiva, requiere que el sujeto activo realice una de las dos modalidades de acción típica que perpetre delitos tanto contra bienes jurídico individuales o colectivos, para lo cual el agente utilizará determinados medios típicos que causen graves efectos dañosos. Para su consumación **exige la producción de resultados típicos concretos**: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad sociedad y del Estado.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Que es de significar que el delito de terrorismo básico -artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco-, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa -elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha

establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de noviembre de dos mil uno, recaída en el Asunto Defensoría del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente número cero cinco-dos mil uno-AI/TC; que, respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal.

Que esta figura penal exige, desde la **tipicidad objetiva**: ***a)*** Que el sujeto activo realice una de dos modalidades de **acción típica**, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales -vida, integridad corporal, libertad y seguridad personal, y contra el patrimonio- o contra bienes jurídicos colectivos -seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio. ***b)*** Asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados **medios típicos**: los catastróficos -artefactos explosivos, materias explosivas-, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos dañosos. ***c)*** Por último, debe producir concretos **resultados típicos**: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad social y del Estado.

Que a ello se une, desde la **tipicidad subjetiva**, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada.

Que tratándose de una *interpretación* de un *tipo penal* de especial importancia, que en rigor complementa la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, es del caso otorgarle *carácter de precedente vinculante* de conformidad con el numeral uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto legislativo número novecientos cincuenta y nueve."

111

§111. Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad

Recurso de Nulidad	1062-2004-LIMA
Fecha	21 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° y 7°

RESUMEN:

El acto médico de atención a quienes forman parte de una asociación terrorista ***no puede ser subsumido en el delito de colaboración terrorista****, en tanto es, por una parte, un acto esencialmente lícito y, por otra, un deber del médico el prestarlo.* ***Cuestión distinta será si el médico que brindó el servicio estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino*** *a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de una organización terrorista.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** Que el delito de colaboración terrorista, en sus diversas expresiones normativas desde su introducción al elenco punitivo nacional, reprime al que se vincula de algún modo a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista.

Que, sin perjuicio de reiterar lo expuesto en la Ejecutoria Suprema del veinte de diciembre de dos mil cuatro, es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes: *En* ***primer*** *lugar*, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista.

*En **segundo** lugar*, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas -no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización-; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a "cualquier acto de colaboración" o "[...] actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo se entiende que los actos de colaboración que a continuación detalla (cinco o seis, según las leyes) tienen un valor meramente ejemplificativo, es decir, no constituyen una enumeración taxativa; que, ahora bien, los actos imputados al encausado Polo Rivera o Pollo Rivera se sitúan -en todos los casos- en el primer párrafo del tipo penal, pues no existe un supuesto específico en el que se subsuma lo que hizo conforme aparece descrito en el quinto fundamento jurídico.

7º. Que esta Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y -por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el Asunto De la Cruz Flores versus Perú; que dicha Sentencia en el párrafo ciento dos estipula que: *"El **acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo**; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión."*

Que, por tanto, el ***acto médico constituye*** -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una ***causal genérica de atipicidad***: *"La sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considera típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso-justificación sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple".*

Que, ahora bien, los cargos contra el encausado Polo Rivera o Pollo Rivera no se centran en el hecho de haber atendido circunstancial y aisladamente a pacientes que por sus características denotaban que

estaban incursos en delitos de terrorismo, menos -en esa línea- por no haberlos denunciado -hechos que por lo demás él niega categóricamente-, sino porque estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de la organización terrorista "Sendero Luminoso"; que, en su condición de tal, el citado imputado recabó y prestó su intervención en las tareas -ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias- de apoyo a los heridos y enfermos de "Sendero Luminoso", ocupándose tanto de prestar asistencia médica -cuyo análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados- y también de proveer de medicamentos u otro tipo de prestación a los heridos y enfermos de la organización -cuyo acercamiento al herido o enfermo y la información de su estado y ubicación le era proporcionado por la propia organización, no que estos últimos hayan acudido a él por razones de urgencia o emergencia y a los solos efectos de una atención médica-, cuanto de mantener la propia organización de apoyo estructurada al efecto -con esta finalidad, como ya se destacó, trató de convencer a una de sus integrantes a que no se aparte de la agrupación-que, desde luego y en tales circunstancias, los actos realizados por el acusado estaban relacionados con la finalidad de la organización terrorista -de mantener operativos a sus militantes para que lleven a cabo conductas terroristas-, a partir de una adecuación funcional a las exigencias de aquélla, y de ese modo favorecer materialmente la actividad de Sendero Luminoso."

B. ORGANIZACIÓN CRIMINAL

112

§112. Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal

Acuerdo Plenario	08-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

FUNDAMENTOS:

3. ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL DEL ARTÍCULO 317-B DEL CÓDIGO PENAL

17.° El inédito delito de banda criminal fue regulado a partir de una propuesta generada por el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú. Dicha iniciativa legislativa respondía a la frustración institucional generada por el archivamiento de los procesos penales derivados de la detención de personas que habían ejecutado conjuntamente delitos comunes, mayormente violentos, como el robo, la extorsión o el secuestro, y a los cuales el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales no podían vincular típicamente con la realización del delito de organización criminal –mal llamado "asociación ilícita para delinquir"–, previsto por el artículo 317 del Código Penal.

Sobre estos aspectos resulta pertinente citar los siguientes pasajes de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244:

> "Dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad"
>
> "el 73% de la carga [...] Está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]"
>
> Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal

> más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves"
>
> "Asimismo, este estudio nos permitió darnos cuenta que si realmente se quiere luchar contra la criminalidad, debe crearse un tipo penal que sancione a las bandas (delincuencia común), ya que esta figura no necesita estructura tan compleja como el delito de asociación [...]"
>
> Este tipo penal asimismo se presenta como una propuesta normativa novedosa, toda vez que se incorpora un ilícito que no estaba previsto en el código penal cubriendo así un vacío normativo, y no limitándose a aumentar penas de otros delitos ya establecidos. Es decir, este tipo penal no presenta lo que la opinión pública conoce como 'más de lo mismo', y por tanto creemos que políticamente será bien tomado por la ciudadanía"

18.° Ahora bien, otro instrumento de doctrina policial sobre organizaciones criminales es el Glosario Policial de la materia, que permite detectar la preocupación de la agencia policial por diferenciar a las organizaciones criminales de las bandas criminales [cfr.: MINISTERIO DEL INTERIOR: Megaoperativos contra el Crimen Organizado – Primer Año de Gestión, MININTER, Lima, 2017, pp.183-186]. En dicho documento se alude a las organizaciones criminales a partir de su mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia, pues, de un proyecto criminal de tales características, determina, además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. En ese sentido, por ejemplo, el concepto policial de crimen organizado es el siguiente:

> "Crimen organizado: conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o

un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los circuitos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas)"

19.° En el mismo documento citado, se busca, igualmente, relacionar a las organizaciones criminales del artículo 317 del Código Penal con la realización de los "Megaoperativos" y con la ejecución de delitos graves propios del crimen organizado a los que se refiere la Ley 30077. En torno a estas categorías criminalísticas y criminológicas, el aludido Glosario Policial desarrolla las siguientes nociones:

> "Megaoperativo una operación policial que: i) involucra la acción de un mínimo de dos unidades policiales; ii) que supone la participación de unidades de inteligencia, que suministraron la información necesaria para la planificación de la operación; iii) que cuenta con la participación del Ministerio Público, para garantizar el respeto de la ley y los derechos fundamentales de las personas durante la operación; iv) que tenga por objetivo la persecución de delitos vinculados al crimen organizado (Ley 30077) o terrorismo y que, por lo tanto, permita desbaratar en parte o completamente a una organización criminal.
>
> Organización criminal: cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077".

20.° Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal, pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales;

no es, pues, una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su modus operandi suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.

21.° En lo que concierne a la fuente legal extranjera que siguió el legislador nacional para introducir un delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, ella se detecta en el artículo 570 ter del Código Penal español vigente, que tipifica el delito de "grupo criminal". En efecto, en el párrafo final de dicha disposición legal el legislador hispano se preocupó también en distinguir al grupo criminal de la organización criminal, por lo que precisó lo siguiente: "A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

A ello hay que agregar que el artículo 570 bis del Código Penal ibérico, había colocado también como una nota distintiva de la organización criminal, el que se trate de una "agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Esto es, los mismos rasgos de caracterización que asimiló el legislador peruano para reformar el texto legal del artículo 317 de nuestro Código Penal nacional.

22.° Por lo demás, en torno a la aludida fuente legal, utilizada para construir el artículo 317-B de nuestro Código Penal y la tipicidad de la banda criminal, en España se ha cuestionado y criticado lo poco trascendente y residual del delito de grupo criminal y de sus semejanzas con la codelincuencia o concierto criminal. En torno a ello, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ ha señalado que "es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelincuencia" [LLOBET ANGLÍ, MARIONA: Delitos Contra el Orden Público. En: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (Dir.) – RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN (Coord.): Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Quinta Edición, Atelier, Barcelona, 2018, p. 443].

Por su parte MUÑOZ CONDE ha destacado que "menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570 ter.1 que sólo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige ésta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración" [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal – Parte Especial, 21ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2017, p. 773].

Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia española también se han sugerido algunas alternativas hermenéuticas para marcar las diferencias del grupo criminal con la organización criminal. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que "mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de ellos, o cuando concurra uno solo" (citado por LLOBET ANGLI, MARIONA: Obra citada, p. 443).

Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

4. BANDA CRIMINAL Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

23.° En torno a la eficacia de la conducta delictiva establecida por el artículo 317-B del Código Penal como banda criminal, es de precisar que se trata, al igual que el artículo 317 del referido Código, sobre el delito de organización criminal, de un tipo penal de peligro abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que

sean ejecutados por sus integrantes. Esto significa que si quienes componen la banda criminal cometen un delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje en calidad de integrantes de esta modalidad de organización criminal, se deberá tipificar dicha conducta como delito de hurto, robo o marcaje-reglaje pero, además, con la concurrencia de la circunstancia agravante especifica que regula la legislación vigente para tales casos (confróntese: artículos 186, 189 y 317-B del Código Penal).

24.° Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica por organización criminal, en los términos antes referidos, se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código Penal establece para tales casos. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, en el delito de secuestro que no contempla tal circunstancia calificante (confróntese: artículo 152 del Código Penal).

25.° No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal 'i', del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido.

113

§113. Organización criminal y técnicas especiales de investigación

Acuerdo Plenario	10-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN

Ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales.

Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNA

18.° Desde esta perspectiva, ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales [confróntese: UNODC: Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrucción de evaluación de necesidades, Nueva York, 2016, p. 58].

La técnica de investigación, como se sabe, es la aplicación práctica de un método concreto de investigación, en tanto camino o medio para llegar a un fin basada en herramientas para la investigación y sanción de delincuentes. Se la clasifica en técnicas tradicionales de investigación y técnicas especiales de investigación. Las primeras son aquellas que se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión. Las segundas, visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación; y, comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de miembros y colaboradores de la organización, forma de reclutamiento de nuevos miembros, forma menos peligrosa para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: Análisis sistemático de los métodos especiales de investigación en el régimen jurídico guatemalteco, Tesis de Licenciatura, Asunción de Guatemala, noviembre 2014, pp. 90-91]. Las técnicas especiales de investigación, por lo demás, permiten obtener pruebas directas e indiciarias más certeras para comprobar los delitos de realización compleja o de alta profesionalidad delictiva; y, tienen lugar

cuando las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes [DIBAN, MICHEL: Técnicas Especiales de Investigación. OAS/SMS/CICAD y Comisión Nacional Antidrogas de El Salvador. Seminario Taller sobre Lavado de Activos para Jueces, Fiscales y Funcionarios encargados del Cumplimiento de la Ley. San Salvador – El Salvador, octubre 2013, p. 2].

Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente [MOLINA PÉREZ, TERESA: Técnicas Especiales de Investigación. En: Revista Anuario Jurídico Económico, Real Centro Universitario "Escorial María Cristina", N° 41, Enero 2006, pp. 185]. También es de tener en consideración que uno de los objetivos fundamentales de la Ley, a través de las técnicas especiales de investigación, es, desde luego, abarcar el conocimiento de las estructuras de la organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo, así como investigar y procesar no solo a las personas físicas que pertenezcan a la organización criminal, sino las personas jurídicas de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos [confróntese: artículo 11 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de México, de 7 de noviembre de 1996, modificada el 7 de abril de 2017].

Por lo general las técnicas o actos especiales de investigación (i) se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, así como (ii) entrañan una limitación de derechos fundamentales. En algunos casos, la autorización, por ser de baja o de mediana intensidad, corre a cargo del Ministerio Público, y cuando se trata de una intervención intensa o grave en los derechos constitucionales requiere autorización judicial expresa (es el caso, por ejemplo, de la protección del domicilio, del secreto postal y del secreto de las comunicaciones, de la reserva tributario y del secreto bancario). De igual manera, estas técnicas especiales tienen como nota característica que, en su mayor parte, incorporan las tecnologías de la información y la comunicación, bajo el entendido que "[...] resulta posible afirmar que, bien la mayoría de los delitos dejan rastros en formato digital que pueden ser utilizados posteriormente en la investigación criminal para la averiguación de hechos y el descubrimiento de sus responsables, bien cualquier hecho delictivo puede ser investigado a través de múltiples

instrumentos tecnológicos que facilitan las labores de investigación" [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: El Impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales. En: AA. VV. (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS (DIRECTOR): Problemas actuales de la justicia penal, Editorial Colex, Madrid, 2013, p. 317].

El derecho comparado reconoció no solo las técnicas especiales de investigación, referidas a la (i) "entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos" y al (ii) "agente encubierto y especial", aparte de la (iii) "vigilancia y observación físicas", que consiste –esta última– en someter al sospechoso a supervisión física, o seguimiento y filmaciones –incluso puede comprender la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones–, también configuró la (iv) vigilancia electrónica, que sirve para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, y puede ampliarse a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo; las (v) "operaciones encubiertas y el recurso a las operaciones 'trampa'", que es un procedimiento planeado y ejecutado, siguiendo diversas tácticas, para ocultar la identidad de su autor [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: Ob. Cit., p. 110], cuya utilidad se expresa cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración delictiva, mientras que su objetivo es entrar en contacto con los sospechosos, de manera que los agentes de la ley puedan ser testigos de prácticas delictivas y exponerlas, y desde una perspectiva más compleja crear de una entidad societaria con estos fines; y, (vi) la "supervisión de transacciones financieras" que permita identificar los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras desde un control administrativo idóneo para tener acceso a las informaciones correspondientes para determinar el movimiento de fondos y las relaciones entre los involucrados, y de esta formar permitir que los investigadores vigilan las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de delitos complejos, entre ellos el de corrupción [confróntese: UNODC: Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Nueva York, 2010, pp..201-203].

§ 4. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – PRINCIPIOS REGULATORIOS

20.° Los principios que rigen las técnicas especiales de investigación son ocho [confróntese: UNODC: Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada, Septiembre 2005, Bolivia, pp. 13-14]. El entendido básico es que estas técnicas deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales [NOGUERA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: Ob. Cit., p. 27].

1. **Principio de legalidad.** En materia procesal penal, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP, "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 [...]". Sin embargo, la mera existencia de una autorización legal no implica necesariamente que no esté vacía de contenido, lo que originaría que, en el caso concreto, se "legitimen" medidas de investigación desproporcionadas.

2. **Principio de excepcionalidad o de subsidiaridad.** Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación del hecho punible, se erigen las técnicas especiales de investigación como la última salida para no dejar impune el delito; por consiguiente, se aplican en caso de ausencia o insuficiencia de fuentes de investigación o de prueba –la medida intrusiva se adopta cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos fundamentales que inciden primordialmente en el derecho a la intimidad [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: Ob. Cit., p. 17. STC 4750-2007/ PHC-TC, de 9 de enero de 2009]–. Sin embargo, ello no implica agotar previamente todas las medidas de investigación, para que frente a la insuficiencia de sus resultados recién se proceda a utilizarlas. En el caso concreto, ha de analizarse si efectivamente, por la naturaleza, complejidad y características de la infracción delictiva, se requieren este tipo de técnicas de investigación. Esta labor exige un juicio de

comparación entre las medidas disponibles y escoger entre aquellas que tengan la misma eficacia, la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

3. **Principio de proporcionalidad.** Es el más característico en cualquier diligencia que vulnere los derechos fundamentales, e importa una ponderación, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, entre dos intereses en conflicto: el sacrificio de los derechos e intereses afectados y el beneficio que resulte para el interés público y de terceros –prohibición del exceso–, de modo que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adaptación resulte para el interés público y de terceros [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 215]. Se ha de tomar en cuenta la gravedad del hecho –el más relevante–, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes en el caso concreto –aunque, más bien, este criterio objetivo está vinculado al principio de intervención indiciaria–, la vulnerabilidad de la víctima o la alarma social, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción de derechos, siempre desde una valoración ex ante (STSE de 24 de mayo de 2017].

   El Tribunal Constitucional Español ha manifestado que el principio de proporcionalidad "exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución" (STCE 66/1985).

   Dentro de los presupuestos del principio de proporcionalidad se encuentran, como presupuesto formal el principio de legalidad y como presupuesto material el principio de justificación teleológica. Este último introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan de gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos –analizándose el fin en sí mismo considerado y que

tienda a la consecución de fines legítimos– [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal, Editorial INPECCP–UCLM–CENALES, Lima, 2018, p. 81).

Asimismo, el principio de proporcionalidad, además, requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Son dos los requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad de la medida en tanto se afecta de modo grave los derechos fundamentales, y motivación de las resoluciones judiciales [GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 127].

Dentro de los requisitos intrínsecos se encuentran una serie de sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad es un juicio de valor de objetivos de la decisión jurídica que dispone medidas frente a los derechos fundamentales, teniendo presentes los propósitos contenidos en la determinación de la decisión para confrontarlos con los objetivos preestablecidos en el sistema jurídico-constitucional y así concluir si son legítimos frente a este; el resultado del juicio de idoneidad, además, determinará la duración de la medida [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 214]. El segundo componente es el juicio de necesidad, también denominado de intervención mínima, o de subsidiariedad, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones –incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos– que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos –como dice la STSE de 27 de septiembre de 2016: "la valoración de la necesidad dependerá fundamentalmente de las circunstancia de cada caso, y entre ellas de los cauces por los que haya discurrido la investigación, de los que se pretende seguir y de las posibilidades racionales de continuar exitosamente aquella"–; en buena cuenta, a los efectos de estas técnicas, solo cabe acudir a ellas "[...] si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque ni no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención" (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Finalmente, el último componente

es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, determina si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrifico resulta excesivo, la medida deberá declararse inadmisible [LONDOÑO AYALA, CÉSAR: Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 386-387].

En esta perspectiva, para dictar una tal medida resulta imprescindible: A. Con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. B. Los datos objetivos que pueden considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave [del previsto por la Ley], que deben ser accesibles a terceros. C. Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afecta por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona. D. Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. E. La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que se ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado (confróntese: STSE de 18 de abril de 2013).

4. **Principio de celeridad.** La aplicación de las técnicas especiales de investigación debe darse con prontitud y diligencia, por la finalidad de las mismas, y dentro del marco de la oportunidad de sus actuaciones. Incluso es posible que puedan otorgarse prórrogas, siempre que no vicie de ineficacia las fuentes de investigación o de prueba que puedan recabarse.

5. **Principio de reserva.** Las técnicas especiales de investigación se dictarán y ejecutarán dentro de la más estricta reserva o sigilo –una de las características más importantes es no ser detectado y por ello siempre se debe procurar realizarla de forma disimulada o no detectable, pues de otra forma, de advertirlo el sospechoso, reduciría drásticamente sus actividades ilícitas [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: Ob. Cit.,

p. 279]–. Ha de velar por seguridad de los agentes oficiales que las ejecutan, requerirá un férreo control y supervisión por el Ministerio Público y sus actuaciones, en aras de garantizar la confiabilidad de lo obtenido, deberán ser protocolizadas con el más estricto apego a las reglas correspondientes –la existencia de salvaguardas en defensa de los derechos de los afectados es fundamental–.

6. **Principio de pertinencia.** Autorizada la técnica especial de investigación, su ejecución ha de tener en cuenta la relación costo-beneficio y la complejidad de la investigación. Solo se recabarán aquellas informaciones relevantes para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Este principio sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida; y, además, para la elección de la medida pertinente –ésta es la que requiere una justificación desde el punto de vista de este principio–.

7. **Principio de especialidad.** Las técnicas especiales tienen que estar relacionadas con la investigación de un hecho delictivo concreto, las personas, el objeto de la medida planteada y los datos previos con que se cuenta en el momento en que se acuerde utilizarlas. No se pueden utilizar para investigaciones prospectivas [GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA: Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 233-34]. Los agentes oficiales –policías, fiscales y otros intervinientes legalmente autorizados– deberán ser idóneos, es decir, aptos o capaces, así como especializados o cualificados para lograr los objetivos de estas técnicas especiales, de suyo complejas y peligrosas.

8. **Principio de jurisdiccionalidad.** El CPP optó por establecer que las autorizaciones para las técnicas especiales de investigación deben provenir del Ministerio Público, al entender implícitamente que el nivel de afectación a los derechos fundamentales –es especial a la intimidad y autodeterminación informativa– es de débil o mediana intensidad. Pero, en caso puedan configurar una intensidad fuerte en el núcleo esencial de los derechos fundamentales se requerirá, siempre, orden de juez competente mediante una resolución fundada.

   La incidencia más numerosa de las técnicas especiales de investigación en cuanto a la utilización de la tecnología incide en el derecho a la vida privada. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos ha concebido este derecho de una manera muy amplia, de suerte que abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona. Cubre la integridad física y psicológica de una persona, la identificación der género, el nombre y la orientación sexual, así como la información sobre su salud, e incluso la identidad étnica. Protege, además, el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: Ob. Cit., p. 320].

De otro lado, para ponderar la compatibilidad de las medidas dispuestas por la autoridad pública, las SSTEDH Friedl vs. Austria, de 31 de enero de 1995, y Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003, precisado que ha de considerarse, entre otros parámetros, el contexto específico en que la información en cuestión ha sido recopilada y conservada, la naturaleza de los registros, la forma en que se utilizarían posteriormente esos registros procesados informáticamente, así como los resultados que pueden obtenerse y su grado de afectación sobre la intimidad del individuo.

§ 5. UTILIZACIÓN DE DRONES Y SATÉLITES EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

25.° Dentro del ordenamiento procesal penal está regulada, como una medida de búsqueda de prueba, la Videovigilancia, según el Capítulo I, Título III del Libro Segundo del CPP, específicamente en el artículo 207[49]. Esta

---

[49] Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,

b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

2. Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.

técnica especial de investigación –naturaleza derivada del artículo 14 de la Ley 30077[50]– tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba.

Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en una técnica especial denominada "videovigilancia", que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal 'a', del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal 'b', del CPP).

26.° En orden a lograr su eficacia procesal o probatoria, las grabaciones obtenidas por los drones deben superar un filtro de constitucionalidad. Por tanto, es imperativo el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

A. Principio de legalidad. Esta modalidad de videovigilancia debe tener una previa previsión legal, puesto que de lo contrario toda la información recabada se tornará ilícita.

B. Principio de proporcionalidad. Ante la eventual afectación de derechos fundamentales, como en su caso los derechos a la imagen (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9, de la Constitución), a la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), entre otros, es necesario que su utilización superen el test de proporcionalidad.

---

3. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

4. Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediablemente afectadas terceras personas.

5. Para su utilización como prueba en el *juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.*

[50] Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

C. **Autenticidad e inmediatez temporal.** Una vez grabada la información que contiene medios de investigación o de prueba inculpatorios, siempre por mandato del Fiscal debe seguirse el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (concordancia, en lo pertinente, de los artículos 207, apartado 5, y 231 del CPP). Recuérdese que la orden de videovigilancia es una atribución del Ministerio Público –salvo cuando se afecte la libertad domiciliaria (artículo 207, apartado 3, del CPPP– y el procedimiento de ejecución es el contemplado para la intervención de comunicaciones con arreglo a las reglas del artículo 231 del CPP.

Es importante garantizar la fiabilidad de lo obtenido, lo cual se logrará con la aportación original del soporte físico donde se encuentra almacenada, lo que se justifica en la necesidad de evitar reproducciones irregulares y manipulaciones indebidas que el contenido esencial de la información obtenida –videograbación y/o imagen–, con el riesgo fundado de una malinterpretación del contexto en que fue tomada [Quispe Farfán, Fany: *Uso de la videovigilancia en la investigación del delito*. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado*. AAVV. Cubas Villanueva, Víctor – Girao, Miguel (Coordinadores), 2016, Instituto Pacífico, pp. 574-575].

Lo expuesto no debe llevar a la errónea interpretación de que solo los archivos originales tienen capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso se pretenda utilizar una copia, debe seguirse la protocolización correspondiente por quien tiene la fe pública judicial notarial.

El requisito de la inmediatez, en los casos de utilización de drones utilizados por particulares no implica necesariamente que si el material obtenido no es puesto a disposición del Ministerio Público en un lapso relativamente corto, este se torne ineficaz. La inmediatez busca garantizar que los riesgos de manipulación sean disminuidos considerablemente (Etxeberria Guridi, José: *Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español*. En: AAVV. Cubas Villanueva, Víctor – Girao, Miguel (Coordinadores), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 481). En estos casos, como su aporte se hace a través del medio de prueba documental, siempre, será necesario, realizar pericias para

determinar alteraciones significativas en su contenido (artículo 186, apartado 2, del CPP).

En consonancia con lo anotado, ante los posibles sesgos cognitivos y la desconfianza de las imágenes y filmaciones –falta de perseidad probatoria–, deberán emplearse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ-116, de 21 de junio de 2016, a través de la concreción de lo comúnmente denominado "prueba sobre prueba". Siempre es de cuidar que no se considere incontestable los productos derivados de tal práctica probatoria; los jueces deben estar preparados para detectar con ayuda de peritos, salvo que la manipulación sea tan burda y fácilmente identificable, alteraciones de las pruebas videográficas.

D. Integridad. El contenido total de la videograbación o de la imagen captada a través de la videovigilancia ha de ser resguardada por el Ministerio Público, y al finalizar la medida puesta en conocimiento del juez –si la orden tuvo origen judicial– y al afectado, quien puede instar su reexamen judicial en los términos del artículo 231, apartado 3, del CPP, sin perjuicio de solicitar la realización de las pericias de autentificación correspondientes. El afectado debe conocer el conjunto de las actas levantadas, la totalidad de las grabaciones, videograbaciones o fotografías obtenidas, y de las relevantes. Esto garantiza la vigencia de los principios de igualdad de armas y contradicción.

27.° Es de enfatizar que el uso de drones puede implicar una vulneración del derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. La potencial injerencia tendrá diferente repercusión tratándose de investigaciones en lugares públicos o en lugares privados. Por lugar público debe entenderse aquel espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente y sin ningún tipo de autorización específica. Éste posee la peculiar característica de estar supervisado por las autoridades públicas, motivo por el cual sus facultades de intervención son mucho mayores que en el caso de las propiedades privadas. Se trata, por ejemplo, de los parques, calles peatonales, aparcamientos al aire libre, estadios deportivos, etcétera [Gordillo Pérez, Luis: *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*. En: AA.VV. Abel Lluch, Xavier – Pico y Junoy, Joan – Richard González, Manuel (Directores), *La prueba*

judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa, Tomo II, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 1568). No obstante, dependiendo de las circunstancias, es de advertir que un espacio privado puede convertirse en público, por ejemplo, cuando se realiza una videollamada a través de la Red Social Facebook y cientos de personas observan la transmisión, conociendo a través de la cámara web el interior del cuarto donde se realiza el intercambio de información. Es por eso que caso por caso se han de analizar las circunstancias fácticas en orden a determinar si se está en un espacio público o íntimo.

28.° Lo que ocurre en el espacio público no va a requerir autorización judicial para la utilización de la videovigilancia, porque implica la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales conexos en espacio público. Sin embargo, la utilización de la técnica de videovigilancia o, incluso, de vigilancia directa, requerirá autorización judicial en aquellos supuestos en que exista "[...] *una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la vida privada, incluso en un contexto público*" (STEDH Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003). Entonces ha de verificarse la "expectativa razonable de la persona que está siendo investigada", y es que si bien es cierto las personas participan conscientemente en actividades cotidianas en lugares públicos que pueden ser registrados, la creación de una grabación permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada (STEDH P.G. et. J.H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001).

29.° Para calificar de grave la afectación, *ex ante* quien busque con el dron la obtención de información en espacios públicos ha de considerar una serie de variables al momento de utilizarlo. En este sentido, cuando se pretenda grabar conversaciones en espacios públicos, el carácter de privado o no de estas marca una línea de divergencia en orden a determinar si se requiere autorización judicial o no. El problema radica en la dificultad para reconocer si efectivamente las conversaciones son privadas o no, y ello se determinaría *a posteriori*. Sin embargo, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas en realidad estaría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores que reflejarían su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido. Así pues, es distinta la actitud de dos personas que hablan en voz alta rodeados de varias personas, que

el contexto en el cual hay dos personas que hablan en una zona apartada, pese a tratarse de un lugar público, en voz baja, etcétera [Etxeberria Guridi, José: *Ob. Cit.* p. 476].

30.° En lo que respecta al espacio privado, no siempre lo que se desarrolle en el interior de una vivienda gozará la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. La STSE 453/1997, de 15 de abril de 1997, es ilustrativa al respecto. Expresó que "[...] *la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuesto [el titular del inmueble] para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial*". Asimismo, la STS 620/1997, de 5 de mayo, homologa espacios que pueden conciliar con la idea de domicilio, aunque no estén destinados a tal uso. Por ejemplo, los baños públicos. Así pues, se ha diferenciado la "*zona común de lo que es propiamente el retrete donde se realizan las necesidades fisiológicas*". En el caso del primero no será necesaria una autorización judicial, sin embargo para el segundo caso sí es necesaria por la afectación al núcleo más estricto de la intimidad. Como conclusión, los datos penalmente relevantes que se obtengan de la "zona común" de los baños públicos solo requerirán autorización fiscal. Otro ejemplo de homologación lo constituyen los vestidores de centros comerciales.

31.° No solo podrán ser introducidas al proceso las videograbaciones o toma de imágenes que provengan de una estricta diligencia de búsqueda de pruebas como la videovigilancia, sino también aquellos otros datos que provengan del uso de civiles que operan drones de forma recreativa. Tanto en el primer como segundo caso, la información entrará al proceso penal a través de la prueba documental.

Las grabaciones efectuadas por civiles mediante drones de uso recreativo tendrán eficacia probatoria siempre y cuando se haya respetado los derechos fundamentales implicados. Ello supone la realización de un test de proporcionalidad al momento de admitirlos como medios de prueba en la etapa intermedia. Además, como son drones operados a control remoto (necesaria manipulación por parte de un ser humano), en un eventual juicio oral debe reforzarse este medio de prueba con la declaración testimonial del piloto del dron (artículo 186, apartado 1, del CPP), contextualizando el modo de obtención de la información en espacio, tiempo, modo, etcétera.

Del mismo modo, la videofilmación obtenida por un dron operado a control remoto por un funcionario policial requiere necesariamente, además de su incorporación al proceso penal en la etapa intermedia, la declaración testimonial del policía en un eventual juicio oral. Dependiendo del sujeto (civil/policía) que haya obtenido la información, la valoración tendrá diferentes niveles y exigencias. Ha de extremarse con cautela los requisitos que implican la obtención de fuentes de información por parte de la Policía Nacional, pues como son funcionarios públicos que tienen la obligación de conocer sus funciones y la forma de realizarlas, el filtro de admisibilidad debe ser mayor que en el caso de civiles que captan vídeos o imágenes a través de sus drones recreativos que eventualmente puedan registrar la comisión de un hecho punible [Etxeberria Guridi, José: *Ob. Cit.*, p. 480].

32.° La realidad existencial es infinita y la capacidad del ser humano para percibirla a través de los sentidos es limitada por su propia naturaleza humana. Cuando se presenta ante el juzgador una imagen o videofilmación, no se debe caer en el error de considerar que aquello que se le muestra constituye prueba invencible. En estos casos la inmediación se erige sobretodo en una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución. Una imagen transmite hechos que van a ser objeto de prueba, por lo tanto, el juez no debe prejuzgar su contenido. Los hechos no están sucediendo, sino que se están reproduciendo en la Sala de Audiencias través de una filmación realizada de un modo determinado. Ninguna prueba muestra los hechos como tales hechos punibles, sino como narraciones que los reproducen. Está clara la fuerza probatoria de la filmación de la imagen y del sonido, la cuestión fundamental es el grado de credibilidad que se le puede dar [Bujosa Vadell, Lorenzo: *Tecnologías de inmagen y valoraciónd e la prueba.* En: AA.VV. Asencio Mellado, José María (Director), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 219-229].

3.2 LOS SATÉLITES

34. ° El satélite, de acuerdo a la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia española, es un vehículo espacial, tripulado o no, que se coloca en órbita alrededor de la tierra o de otro astro, y que lleva aparatos apropiados para recoger información y transmitirla. Los satélites captan la luz que se

refleja desde la superficie de la tierra, para luego procesarla y digitalizarla en una imagen. Vale decir, obtiene una imagen de tal grado de complejidad que solo puede ser producida por una computadora usando las tomas de los satélites, usualmente de superficies a gran distancia y de conocimiento complejo. Ejemplos de estas imágenes satelitales se encuentran en Google Earth, que son de mucha utilidad en el proceso penal, sobre todo para verificar recorridos o ubicaciones en determinado momento. En esta línea, los satélites producen información que eventualmente podrá ser utilizada en el marco de un proceso penal contra la delincuencia. Asimismo, tiene un gran impacto en la investigación de delitos ambientales, sobre todo para conocer los daños de la minería ilegal, la deforestación de los bosques de la Amazonía, e inclusive detectar concentraciones móviles de personas vinculadas a la trata de personas.

Los satélites también son instrumentos tecnológicos a través de los cuales se facilita la obtención de fuentes de prueba en la lucha contra la criminalidad organizada. Asimismo, pueden ser utilizados mediante la videovigilancia para realizar tomas fotográficas y hacer seguimiento a puntos específicos del globo terrestre que tengan vinculación con la comisión de un hecho punible.

38.° No obstante las bondades que pueden ofrecer las imágenes satelitales en la persecución del delito, los jueces están poco familiarizados con esta tecnología compleja. A ello se aúna la falta de precedentes judiciales que orienten la admisión y valoración de este medio probatorio sofisticado. Para superar estos problemas, se plantean los siguientes criterios de admisibilidad y valoración probatoria:

A. Las imágenes satelitales deben ser recopiladas con respeto irrestricto del núcleo intangible de los derechos fundamentales, debiendo realizarse un test de proporcionalidad con el fin de determinar si la injerencia dentro del derecho fundamental conculcado resulta legítima y proporcional. Las imágenes satelitales poseen capacidad técnica de vulnerar, al menos potencialmente, la vida privada de las personas.

B. El Satélite PeruSat-1 puede ser utilizado en la investigación de delitos vinculados con la criminalidad organizada, a través de la videovigilancia (artículo 207, apartado 1, literales 'a' y 'b' del CPP). Las imágenes satelitales se introducirán al proceso penal a través

de la prueba documental, cumpliéndose además los requisitos de autenticidad, integridad, inmediatez, objetividad y exactitud.

C. Las imágenes satelitales, cumplidos los requisitos antes indicados, tienen entidad para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Desde la perspectiva de la exigencia de corroboración será del caso, en función al contexto del caso, contar –si correspondiera– con prueba testifical, prueba documental de informes, otras imágenes y/o grabaciones, prueba pericial, etcétera.

D. Necesariamente el procesamiento de las imágenes satelitales implica la manipulación por una serie de personas en orden a obtener la decodificación de estas. Por lo tanto, ha de seguirse con sumo cuidado el procedimiento de cadena de custodia, conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario 06-2012/CJ-116, para su almacenamiento, conservación y ulterior utilización en el proceso penal. Deberá certificarse las circunstancias en que fueron tomadas las imágenes satelitales y el trayecto que recorrieron, dada la alta complejidad en su procesamiento. Si, razonablemente, se desconfía de la autenticidad de la imagen satelital, será del caso acudir a los medios de prueba denominados "prueba sobre prueba".

9. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

A. DESAPARICIÓN FORZADA

114

§114. El delito de desaparición Forzada

Acuerdo Plenario	9-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Molina Ordoñez y Biaggi Gómez.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 320 del CP.; 7°.1 y 29° del ECPI.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 16°

RESUMEN:

El delito de desaparición forzada es un crimen internacional considerado así por el Derecho Internacional Penal Convencional. Se caracteriza por ser un ***delito complejo*** *–esto es, en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, un delito* ***especial propio*** *-ya que solo puede cometerse por un funcionario o servidor público competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado-, y un delito* ***de incumplimiento de deber****, en tanto representa el ejercicio abusivo del poder del Estado –de lo que se desliga que el sujeto activo mantendrá su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario-.*

Debido a que afecta la idea misma de dignidad de la persona y el contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes, el delito de desaparición forzada es un ***delito imprescriptible****.*

Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito: ***a)*** *la privación de libertad de una persona, cuyo origen puede ser legal o ilegal; y,* ***b)*** *la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. El fin que se persigue por medio del delito de desaparición forzada es* ***sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley e impedir o dificultar la protección jurídica del afectado****.*

El delito se consolida cuando no se brinda la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, sin que para ello se requiera que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información. ***La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal****. En este sentido, el delito de desaparición forzada se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero. Por tanto, la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo: nos encontramos ante un* ***delito de ejecución permanente****.*

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales acerca del delito de desaparición forzada de personas:

6°. El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho Internacional Penal Convencional. Además, actualmente, está regulado en nuestro derecho interno por el artículo 320° del Código Penal; norma que prescribe: "*El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1 y 2*".

Este tipo penal fue introducido inicialmente a nuestro ordenamiento penal por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo número 635, del 8 de abril de 1991. El legislador de ese entonces lo ubicó en el artículo 323°, del Capítulo II "Terrorismo" del Título XIV "Delitos contra la Tranquilidad Pública" del Libro Segundo "Parte Especial", con un texto similar al presente, aunque sin la frase final "[por resultado

su desaparición]...*debidamente comprobada*". Posteriormente, esta disposición se derogó como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo por el Decreto Ley número 25475, del l6 de mayo de 1992 –artículo 22º- . Pero, mediante el Decreto Ley número 25592, del 2 de julio de 1992, se reinstauró como tipo legal autónomo con el texto que ahora se conoce. Recién, a través de la Ley número 26926, del 21 de febrero de 1998, siempre con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal –artículo 320º-, en el creado Título XIV-A "Delito contra la Humanidad".

7º. Ahora bien, tratándose de un delito complejo –en cuya comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, especialmente grave, que puede ser cometido de muy diversas maneras, que se produce en el ejercicio abusivo del poder del Estado, y que compromete el respeto de los derechos fundamentales de la persona, afecta la idea misma de dignidad de la persona y contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes –de ahí que se estima que el bien jurídico vulnerado tiene una naturaleza institucional-, es necesario precisar sus características, elementos y efectos. Así las cosas, como es obvio y por imperio de los artículos 2º.24.d) y 139º. 9 y 11 de la Constitución, así como del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, se ha de partir del principio o garantía de legalidad penal, expresado en el apotegma "*nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege*", así como de la necesaria correspondencia entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Penal.

El delito de desaparición forzada de personas, como se ha expuesto, está configurado por Tratados internacionales, que han sido aprobados y ratificados por el Estado peruano. Habida cuenta de la primacía en este ámbito, en la medida que se refieren a derechos fundamentales, del Derecho Internacional (Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006), es de rigor interpretar sus normas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Esta perspectiva, a su vez, permitirá mantener la unidad del sistema jurídico.

Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas –*non self executing*-, pues requieren de una norma interna de desarrollo; pero ello, en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales

de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional.

8°. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene relevancia en la medida en que el citado artículo 320° del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como está expresada en las normas internacionales del cual forma parte. En efecto:

A. Los tratados sobre la materia fueron precedidos de una serie de disposiciones dictadas por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Así, en sede universal, el delito en cuestión fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, y antes por la Asamblea General [resoluciones número 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975; 3218, del 16 de diciembre de 1977, y número 33/173 del 20 de diciembre de 1978]; así como por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [resolución 5B (xxxii) del 5 de septiembre de 1979]. En sede regional americana, la Asamblea General de la OEA y la CoIDH se han pronunciado; la primera en las resoluciones de Asamblea General número 443 (ix/0/79), del 31 de octubre de 1979; número 510 (x/0/80), del 27 de noviembre de 1982; 666 (xii/0/83), del 18 de noviembre de 1983; 742 (xiv/0/84), del 17 de noviembre de 1984; y 890 (xvii/0/87), del 4 de noviembre de 1987; y, la segunda, en diversos informes anuales, como los de 1978, 1980-1981, 1982-1983, 1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala.

B. A ellas se agrega, como primer instrumento internacional de carácter no convencional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992, cuyo preámbulo –tercer punto- describe este ilícito, cuando "*...se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o cu su apoyo directo o*

indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

C. El primer tratado, de ámbito regional, es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada "*...la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*".

D. El segundo instrumento, esta vez de ámbito mundial, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, que entró en vigor 1 de julio de 2002; a su vez completada por "los Elementos de los crímenes" –artículo 7º 1)i) "crimen de lesa humanidad de desaparición forzada"-, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7º.2 i) del ECPI describe este delito como "*...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*".

E. El tercer instrumento, de ámbito mundial, aún no vigente, es la "Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas", aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución número A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: "*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*".

9°. La principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da en el ámbito del sujeto activo y, tal vez, en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada.

A. La CIDH ha declarado con absoluta claridad en la SCIDH Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y demás instrumentos internacionales consideran como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como un agente no estatal "*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*" (párrafos 100-102). La incompleta descripción típica del artículo 320° del Código Penal, en este ámbito, ha sido reiterada en la SCIDH Anzualdo Castro, del 22 de septiembre de 2009 (párrafos 164-167).

B. El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320° del Código Penal se limita a señalar la "desaparición debidamente comprobada" de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquéllos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad.

Características del delito:

10°. El tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de diversas maneras. Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito: **a)** la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser *ab initio* legal o ilegal (SSCIDH Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto de 2008); y **b)** la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición „*debidamente comprobada*": no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar –desconocimiento de su localización-, precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o

situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica –acto inicial-.

La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae. Este elemento no requiere que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), Profis, Editorial Temis, Bogotá, 2009, páginas 232/233], aunque por lo general, según la experiencia en este tipo de delitos, la privación de libertad y la desaparición propiamente dicha forman parte de un mismo operativo, plan o estrategia.

11º. El deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un *delito de incumplimiento del deber*. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple con proporcionar la información necesaria –que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso- para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente [IVÁN MEINI MENDEZ: *Perú: El delito de desaparición forzada*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 122].

En atención a las características de este delito, el sujeto activo mantiene su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que –según se ha destacado-

lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje considerar desaparecido a una persona (aparezca vivo o muerto).

Cabe mencionar como base fundamental del deber de información que compete a los agentes estatales lo dispuesto en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece: "*Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente.- Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades*".

12°. El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible –artículo 29° del ECPI-.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aún cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica [YVAN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, Cuaderno de Trabajo número 11, Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima, Agosto, 2009, página 28],

Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *El Derecho Internacional y los delitos.* En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos (FRANCISCO MACEDO: coordinador), Idehpucp, Lima, 2007, página 40].

13°. El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal-. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: *La desaparición forzada de personas como delito permanente consecuencias dogmático penales.* En: Cuaderno de trabajo número 11, PUCP, Lima, agosto 2009].

La jurisprudencia de la CIDH (SSCIDH Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988; Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989; Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005; Blake, del 24 de enero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC Villegas Namuche, número 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004) insisten en que se trata de un delito pluriofensivo, de una violación múltiple y continuada de varios derechos fundamentales y convencionales, más precisamente de lesión de la libertad personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida [JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLES: *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: Revista Derecho PUC, número 63, noviembre 2009, página 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos.

Esas referencias, empero, están vinculadas a la responsabilidad internacional del Estado, y si es de rigor concentrarse en el Derecho Penal –internacional y nacional- necesariamente cabe afirmar la autonomía del delito en cuestión [así considerado incluso por la SCIDH Anzualdo Castro, párrafo 59] –que no puede ser considerado como un supuesto

agravado de delitos preexistentes- y la necesidad de un bien jurídico propio. Por consiguiente, el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico –más allá de reconocer que en todos los delitos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales que integran la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas el bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio a abusivo del poder público- se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley [GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ: *La Desaparición Forzadas de las Personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2004, página 111], en la protección de la personalidad jurídica –no sólo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones- [YVAN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, *Obra citada*, página 15], en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social [así, IVAN MEINI y KAI AMBOS, *Obra citada*, páginas 121 y 224]. Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad.

14º. El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, "*...sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección*" [PABLO GALAIN PALERMO: *Uruguay: El delito de desaparición forzada*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 151].

Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito -en puridad, agregamos, su terminación o consumación material) no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a

lo largo del tiempo [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal,* Editorial Grijley, Lima, 2008, página 315].

Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente-; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –ésta "aparece"-, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, página 250].

Compatible con lo expuesto es el artículo 17° de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: "*Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*". De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: "... *Dicho delito será considerado como continuado* [sic] *o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*".

La situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores, tales como la propia voluntad del agente –cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima-, la intervención de cursos salvadores –descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre; la víctima recupera la libertad y por tanto "aparece"-, o la cesación del deber de informar del agente involucrado, de uno u otro modo, en la privación de libertad –extraordinariamente cuando éste devenga en incapaz absoluto- [YVAN MONTOYA VIVANCO, *Obra citada*, página 25].

Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina -conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párrafo 181), Godínez Cruz (párrafo 186), y Aloeboetoe y otros (párrafo 109)–, que la obligación de los poderes públicos de investigar lo sucedido subsista mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: *La Corte Interamericana de Derecho Humanos*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 344]. La CIDH entiende, por lo demás, que la exigencia de que los Estados investiguen la suerte de las personas desaparecidas, las circunstancias y la identificación de los responsables, viene a configurar un nuevo derecho de carácter jurisprudencial.

Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público:

15°. Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información.

A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.

B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa "*...en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*".

C. No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –

sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público.

D. Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito –ésta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior-. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante.

16°. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas sólo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo manda la Constitución y el Código Penal –artículos 103° y 6°, respectivamente-; legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15°.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma [CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ: *Colombia: El delito de desaparición forzada.* En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, páginas 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-368, del 29 de marzo de 2000." (Sic.)

115

§115. Configuración del delito de Desaparición Forzada

Recurso de Nulidad	1514-2013- LIMA
Fecha	20 de noviembre de 2013
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Rodriguez Tineo.
Disposiciones estudiadas	320° del CP

RESUMEN:

Que la privación de la libertad es un presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado comportamiento típico es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber y de omisión pura de garante.

FUNDAMENTOS:

1. Del itinerario procesal de la causa

PRIMERO. Que el día cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, José Antonio y Mario Fernando Barrantes Torres denunciaron, ante la Oficina General de Derechos. Humanos del Ministerio Publico, la desaparición de su hermano, el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres, ocurrida el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, cuando salió de su domicilio para

hacer trámites ante el Consejo Supremo de Justicia Militar [fojas tres]. Además, precisaron que, posteriormente, se personó a su domicilio una persona que se identificó ante ellos como Jacinto Romo Alca —llamado verdaderamente Julio Hernán Ramos Álvarez, ya condenado—, y luego de exhibir una carta presuntamente del agraviado les pidió que le entreguen fólderes con documentos. Se advirtió que el vehículo utilizado, Volkswagen GQ-cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, color verde, pertenecía al Ministerio de Guerra, asignado al Servicio de Inteligencia del Ejército (en adelante SIE).

SEGUNDO. Que en un primer momento se inició la persecución penal contra el llamado Jacinto Romo Alca, por delito contra la libertad personal, a quien se le formuló acusación por dicho ilícito penal y se solicitó la pena de dos años de privación de libertad [fojas ciento noventa y ocho, del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa]; pero luego declaro la extinción de la acción penal por prescripción, la cual, a continuación, se anuló por el Tribunal Superior —que incluyó la acusación fiscal— y se ordenó se amplíe la instrucción [auto de vista de fojas doscientos cincuenta y dos, del veintidós de Julio de dos mil dos].

TERCERO. Que primero se abrió proceso penal por delito de secuestro [auto de apertura de instrucción de fojas quinientos ochenta y cuatro, del doce de agosto de dos mil tres], contra Julio Hernán Ramos Álvarez, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas, Harry Esteban Rivera Azabache y Oswaldo Hanke Velasco; y, segundo, contra los cinco imputados por delito desaparición forzada [auto ampliatorio de apertura de instrucción de fojas ochocientos cincuenta y nueve, del veinticuatro de enero de dos mil cinco].

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior formulo acusación [fojas mil setenta y dos, del trece de julio de dos mil cinco] contra los cinco efectivos de inteligencia del Ejército Peruano, por el delito de desaparición forzada, y requirió se les imponga veinticinco años de pena privativa de libertad para cada uno, y fijó en trescientos cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que abonarán solidariamente a favor del pariente más cercano. Además, pidió el sobreseimiento respecto del delito de secuestro.

El Tribunal Superior emitió la resolución de fojas mil doscientos cincuenta y cuatro, del treinta de enero de dos mil seis, en virtud de la cual declaró el enjuiciamiento por el delito de desaparición forzada y el sobreseimiento —archivo definitivo— por el delito de secuestro.

QUINTO. Que la primera sentencia emitida [fojas dos mil ochocientos ochenta y cuatro, del catorce de febrero de dos mil siete] absolvió a los cinco acusados. Sin embargo; la Corte Suprema [fojas dos mil novecientos setenta y

cuatro, del once de septiembre de dos mil ocho] ratificó la absolución de Oswaldo Hanke Velasco y anuló la absolución de los cuatro restantes, a la vez que dispuso la celebración de un segundo juicio oral para estos últimos.

La segunda sentencia proferida [fojas cuatro mil seiscientos noventa y uno, del nueve de marzo de dos mil diez, absolvió a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas, y condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, como cómplice del delito de desaparición forzada, a ocho años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación; así como fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de la reparación civil. Se reservó el juzgamiento contra el acusado contumaz Harry Esteban Rivera Azabache. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del veintiocho de marzo de dos mil once], ratificó la condena a Julio Hernán Ramos Álvarez, y anuló la absolución a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas; a la vez que dispuso la celebración de un tercer juicio oral. Siguió como reo contumaz Harry Esteban Rivera Azabache.

SEXTO. Que el Tribunal Superior dictó el decreto de citación a juicio e inició el juicio oral contra los tres imputados restantes; esto es, Gumercindo Zambrano, Salazar, Jorge Ortiz Mantas —reos libres— y Harry Esteben Rivera Azabache —reo contumaz—. No obstante, los fundamentos de la Corte Suprema, en su segunda Ejecutoria, el Tribunal Superior volvió a dictar una sentencia absolutoria contra los dos primeros encausados [fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece].

Han recurrido en nulidad la parte civil por las absoluciones y el encausado Rivera Azabache por la reserva de la causa.

2. *De los cargos e impugnaciones.*

Séptimo. Que, descontando al acusado absuelto, Coronel EP Oswaldo Hanke Velasco, jefe del SIE, los cargos formulados por el Ministerio Público en su requisitoria de fojas mil novecientos setenta y dos son:

1. El agraviado Barrantes Torres es un exteniente de reserva del Ejército Peruano —en adelante, EP—. Los encausados pertenecían Al aparato de inteligencia militar; así: el comandante EP Rivera Azabache era Jefe de Contrainteligencia del SIE que elaboró el llamado "Plan Lucero"; mientras que los demás acusados eran Agentes de inteligencia Operativa —en adelante AIO—, adscritos al SlE. Ese plan se formuló al descubrirse, en marzo de mil novecientos ochenta

y ocho, una venta de información clasificada por efectivos militares, por lo que se ordenó al Jefe de Contrainteligencia, comandante EP Rivera Azabache, su confeccion —fue aprobada por el jefe del SIE--. En su ejecución, para la ubicación y captura de los implicados en ese acto ilícito, intervinieron, entre otros, los tres Agentes de Inteligencia Operativa: Ramos Álvarez -ya condenado-, así como Ortiz Mantas y Zambrano Salazar —absueltos ya en tres oportunidades-en primera instancia—.

2. Es del caso que el día dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el agraviado Barrantes Torres salió de su domicilio, ubicado en el distrito de San Martin de Porres, sin que haya retornado hasta la fecha ni se sepa su paradero. Se estableció que el indicado agraviado fue intervenido por Agentes de Inteligencia Operativa del SIE y conducido a las instalaciones del Cuartel General del Ejercito —concretamente a los calabozos del SIE—, en San Borja. En esa sede, fue visto por el Suboficial EP Raúl Otto Gamonal Yaranga, también detenido por los mismos cargos en esa instalación militar por los AIO Zambrano Salazar y Ramos Álvarez.

3. Con motivo del llamado Plan Lucero no solo fue detenido Gamonal Yaranga, sino también el Teniente de infantería EP Cesar Augusto Sánchez, el Suboficial de Primera EP Luis Gonzalo Muñoz Tuesta, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Inteligencia Nivardo David Leiva Rojas, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Hernando Natalio Alvarado Cuadros, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Gilberto Merced Saavedra Tello, el Suboficial EP Gaspar Jorge Neira Linares y el empleado civil oficinista Alejandro Atao Quintero, quienes fueron capturados y retenidos ilegalmente, aproximadamente por cuarenta días, en los calabozos del SIE, sometidos a castigos de rigor, y luego puestos a disposición del Fuero Militar; no así el agraviado Barrantes Torres, peso a su presencia en los calabozos del SIE.

4. A pocos días de producida la detención ilegal del agraviado Barrantes Torres y su traslado a los calabozos del SIE, el día veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el AIO Ramos Álvarez, bajo la falsa identidad de Jacinto Roma Aka, se apersonó al domicilio del primero, con una carta presuntamente escrita por el agraviado y dirigida a sus familiares, para que le entreguen fólderes con documentos —lo que,

en efecto, se hizo-. Los familiares advirtieron que utilizó un vehículo Volkswagen verde, de placa de rodaje GQ guión cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, ,asignado al SIE; donde prestaban servicio todos los detenidos, quienes fueron investigados por el presunto delito de infidencia.

5. Cabe destacar que, como consecuencia de la denuncia de los familiares del militar agraviado, Barrantes Torres, el Jefe del SIE; Comandante EP Hanke Velasco; el Jefe de Contrainteligencia, Comandante EP Rivera Azabache; el Jefe de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), General- EP Juan Campos Luque; y el Comandante General del Ejército, General EP Artemio Palomino Toledo; así como todos los AIO involucrados en el tema, negaron la privación de libertad del citado agraviado. Hasta ahora no se sabe nada del paradero del indicado militar.

OCTAVO. Que la parte civil, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos treinta y ocho, insta la anulación de la absolución. Alega que el agraviado fue secuestrado en el contexto del Plan Operativo de Inteligencia Lucero, en el que participaron los encausados, AIO del SIE; que la desaparición del agraviado constituye una violación a los derechos humanos, que no se ha tomado en cuenta, respecto de Zambrano Salazar, que no se valoró la declaración jurada de Sosa Saavedra, ratificada en el acto oral, que le imputa haber capturado al agraviado; que el citado imputado participo en otras tres capturas; que el agraviado Barrantes Torres fue el primero en ser capturado. Por otro lado, Miranda Gutiérrez, Jefe del Operativo Lucero, refirió que Zambrano Salazar y Ortiz Mantas participaron en las investigaciones; que los detenidos en los calabozos del SIE, en los marcos de la citada operación de inteligencia, estaban en ambientes contiguos, cuyo control correspondía a Zambrano Salazar y Ortiz Mantas —versiones de Gamonal Yaranga, Alvarado Cuadros, Leyva Rojas y Sánchez Mendoza, quienes dijeron que los absueltos fueron sus custodios, y lo hacían con todos los detenidos—; que Gamonal Yaranga expuso que se reunió con Barrantes Torres y conversaron por una hora en el baño; que el detenido Sánchez Mendoza refirió que el acusado Zambrano Salazar lo capturo y trasladó hasta los sótanos del SIE.

NOVENO. Que la defensa del encausado contumaz, Rivera Azabache, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos cincuenta y uno, solicita la nulidad de la sentencia por infracción procesal. Arguye que se violaron tres garantías procesales: defensa, debido proceso —tribunal imparcial— y presunción de inocencia, al no cuestionarse la sentencia y Ejecutoria Suprema anterior, pues

se mencionó que no era objeto de revisión, pese a que allí se le reservaba la causa; que lo expuesto se consolida porque se mencionó que la detención y reclusión de Barrantes Torres es un hecho probado en la sentencia anterior, por lo que reduce el objeto de prueba a la vinculación o no que tendría su patrocinado respecto al hecho.

3. De la sentencia recurrida

DECIMO. Que la sentencia recurrida, en primer Lugar, sostiene que la sentencia anterior y su Ejecutoria Suprema, que condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, tiene como hecho probado la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE.

En segundo lugar, afirma que la absolución de los encausados Zambrano Salazar y Ortiz Mantas se sustenta en que: (i) Ninguno de los familiares del agraviado reconoció que ambos encausados acompañaron al procesado Ramos Álvarez a la casa del agraviado, llevándoles la carta que se decía era del último de los nombrados. (ii) Ningún testigo presenció la forma, lugar ni las circunstancias de la detención del agraviado, ni su conducción a los calabozos del SIE. (iii) No se ha probado que dichos encausados tenían la función de custodios del agraviado, por lo que no conocían de su permanencia en el SIE guión dos; consecuentemente, al no ser custodios del agraviado, no han negado la información sobre su paradero o situación legal. (iv) La declaración jurada de Sosa Saavedra no tiene más fuerza que su declaración plenarial, en la que no aporta mayor información que vincule a los imputados con la desaparición del agraviado. (v) El testigo Ricardo Uceda es de referencia y no ha presenciado hecho alguno relativo al delito.

Por último, respecto del Comandante EP Rivera Azabache, se tiene que fue Jefe de Contrainteligencia del SIE, quien elaboró y controló la ejecución del Plan Lucero, desde cuya materialización se desapareció al agraviado. Como no se ha puesto a derecho para el juicio su situación jurídica, debe esclarecerse una vez que se presente al acto oral.

4. Del tipo legal de desaparición forzada.

DECIMO PRIMERO. Que según el Acuerdo Plenario número cero nueve guión dos mil nueve diagonal CJ guión dieciséis del trece de noviembre de dos mil nueve, el artículo 320° del Código Penal, comprende dos acciones sucesivas: (i) privación de libertad del agraviado, Cuyo origen puede ser legal o ilegal [en igual sentido, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos —en adelante, SCorteIDH-, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, del veintiocho de noviembre de dos mil cinco, párrafo ciento cinco]; y, (ii) desaparición, debidamente comprobada, del sujeto pasivo, traducida en la no información sobre la suerte o el paradero de la persona privada de su libertad [en igual sentido, SCortelDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, del veintidós de noviembre de dos mil cinco, párrafos ciento tres y siguientes]. Desde luego, otro elemento -que se vincula al agente activo— es la intervención de agentes gubernamentales, inclusive indirectamente por asentimiento [Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas de mil novecientos noventa y seis].

El delito se consolida cuando se cumple con este último elemento: no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del agraviado. La no información —negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido—, en suma, es un elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer al agraviado de la protección de la ley. El ocultamiento, pues, es un elemento central de este delito [tercer considerando del Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas, artículo 2° de la Convención Internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas de las Naciones Unidas y artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA]

DECIMO SEGUNDO. Que la privación de la libertad es presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado "comportamiento típico" –conducta específica fundamental-, es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber.

Es, por ello, asimismo, un delito de omisión pura de garante [SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La regulación de la comisión por omisión en el artículo 111°". *En el nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Editorial Bosch, mil novecientos noventa y siete, páginas setenta y uno y setenta y dos], aunque su presupuesto sea una conducta comisiva de privación de la libertad –una mera situación típica-. La conducta específica fundamental está dada, desde el agente, por la omisión de información o desaparición, lo que no permite

reconocer un resultado típico separable espacio temporalmente de aquella omisión (ausencia de una acción determinada), y porque está en la posibilidad de informar acerca del paradero del sujeto pasivo (capacidad para realizar la conducta).

Esta infracción solo puede ser realizada por un determinado círculo de sujetos, caracterizados por un deber especial, con relación al bien jurídico protegido: caso de los funcionarios públicos. El deber de informar tiene como base lo dispuesto por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, que establece el deber de los agentes de las Fuerzas del Orden, de velar por la seguridad de los ciudadanos; y, sobre tal cometido, acota que: "Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades".

DECIMO TERCERO. Que el sujeto activo del delito de desaparición forzada es un funcionario público, y los militares lo son (artículo 425° numeral 5 el Código Penal). Todo funcionario posee un deber especial sobre la intangibilidad del Bien jurídico protegido —que es la personalidad jurídica, y que abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar—, sobre el reconocimiento de la personalidad del individuo que ha sido privado de su libertad.

Además, es un delito permanente [conforme: SCortelDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del doce de agosto de dos mil ocho párrafo treinta y cuatro, y SCorteIDH, caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, párrafo veintiocho y siguientes, que se mantiene mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida, y mientras no se aclaren los hechos [según la SCorteIDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Hondura, del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho, párrafo ciento ochenta y uno, el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida]; lo que equivale a decir que todos los que participan en el delito serán considerados coautores o cómplices —según el caso—, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación. Se trata de una consumación

material, que se prolonga en el tiempo, ello en atención a la naturaleza del bien jurídico y su forma de ataque.

Cabe enfatizar, asumiendo las criticas dogmáticas al citado acuerdo plenario y recogiendo lo que establece la doctrina nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, que la permanencia del delito se mantiene incluso después de quo el sujeto activo deja el cargo público, en cuyo ejercicio asumió el deber, pues es esto último lo Trascendente desde la perspectiva típica [MENI MENDEZ, IVAN. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara Editores, dos mil nueve, paginas trescientos ochenta y cuatro y trescientos ochenta y cinco].

DECIMO CUARTO. Que sobre la interpretación del artículo 320° del Código Penal, es de remitirse no solo a normas jurídicas internas sino también al Derecho Internacional Penal, según lo prescrito en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Así, no es posible desarrollar los elementos del delito de desaparición forzada, si no se tienen cuenta los tratados y las normas de soft law emitidos por las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Respecto a los convenios —normas jurídicas internacionales que, en virtud del artículo 55° de la Constitución, forman parte del Derecho nacional-se debe tener presente la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará — Brasil el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el diecisiete de Julio de mil novecientos noventa y ocho (artículo 76° numeral 2 apartado i); y la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del veinte de diciembre de dos mil seis. La prohibición absoluta de la desaparición forzada, es una norma de *ius cogens*, que afecta derechos que conforman el "núcleo duro" de los derechos.

El tipo legal nacional, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no exige los elementos configuradores generales: ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Estos elementos están presentes en el delito de desaparición forzada de lesa humanidad. No obstante, si no se presenta el elemento contextual, el hecho individual antes descrito (privación de libertad y posterior desaparición de Marco Barrantes), necesariamente se está ante una grave violación de derechos humanos, cuya criminalización e, incluso, exclusión de amnistías y establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción

de los responsables [SCorteIDH, caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno], se impone en virtud de las normas jurídicas internacionales -tratados y normas de soft law- expuestas en los párrafos precedentes [para el caso de este crimen internacional: SCortelDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del uno de septiembre de dos mil diez, párrafo doscientos siete].

Este delito afecta tanto a las victimas coma a sus familiares [BAZAN CHACON, IVAN ARTURO. "*El crimen internacional de desaparición forzada de personas*". En *Revista Advocatus*. Número veintiséis. Lima, dos mil doce guión uno, pagina sesenta y ocho].

5. De la apreciación de la prueba en orden a los agravios impugnativos.

DECIMO QUINTO. Que del Informe numero dos mil tres SIE punto dos E, del cuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, corriente a fojas quinientos tres, se desprende que el SIE —a cargo de Hanke Velasco- elaboró el Plan Operativo Lucero —cuya confección, ejecución y cumplimiento correspondió al encausado Rivera Azabache, Jefe de Contrainteligencia del SIE—, con motivo de haberse detectado una red de colaboradores que entregan información clasificada a un país extranjero. Allí se menciona que el agraviado Barrantes Torres, miembro del Ejército Peruano, era el organizador de esa red, y que había reclutado a efectivos de esa institución. El absuelto Hanke Velasco, tanto en su instructiva de fojas seiscientos setenta y dos, como en sus testificales de fojas noventa y ocho y cuatrocientos treinta y ocho, refirió que como jefe del SIE mandó elaborar el Plan Lucero al Jefe de Contrainteligencia Rivera Azabache; hecho que este último reconoce en su instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro.

El SIE realizó las capturas del personal militar involucrado —su ejecución en los calabozos de esa institución—, las investigaciones e. interrogatorios a los implicados y, luego, recomendó su denuncia ante la jurisdicción militar, lo que en efecto se hizo por su propio merito [fojas uno a sesenta del incidente "A" del Fuero Militar].

DECIMO SEXTO. Que, si bien es cierto las altas autoridades de inteligencia del Ejército, incluso el propio Rivera Azabache (también Juan Manuel Campos Luque, en su declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos veintisiete, quien reconoce la existencia, del Plan Lucero pero no de la detención del agraviado), niegan la detención de Barrantes Torres —el mismo que aparece en el informe antes citado y en el proceso penal militar como no habido-, en autos existen pruebas categóricas de que la privación de libertad se produjo por el SIE,

y que sus autoridades negaron la detención y el paradero del agraviado Barrantes Torres. El acusado Contumaz Rivera Azabache adujo que ni siquiera lo conocía y que en la investigación respectiva no pudo ser capturado; que nunca estuvo internado en el SIE e, incluso, que, en la fecha de los hechos, ni siquiera existían calabozos en la referida institución militar [instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro]. Sin embargo, el preso Neira Linares dijo que vio a Rivera Azabache en los sótanos del SIE, mientras que Gumercindo Zambrano le expresó que era potestad del Comando poner al agraviado Barrantes Torres a disposición de la Zona Judicial del Ejército. [fojas cuatrocientos cincuenta y seis y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres].

DECIMO SÉPTIMO. Que, no obstante, ello, se cuenta con la versión directa de Raúl Otto Gamonal Yaranga, prestada en sede jurisdiccional penal ordinaria, involucrado en los hechos investigados por el SIE y la jurisdicción castrense. Dicho encausado, testigo en esta causa, mencionó uniformemente que vio al agraviado detenido en los calabozos del SIE e incluso, conversó con él. Es decir, el agraviado tenia la calidad de detenido, era custodiado por los efectivos militares, no con el rango de oficiales, involucrados en estos hechos, entre los que se encontraban los absueltos. Gamonal Yaranga, en sede de instrucción a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, menciona que vio detenido al agraviado, y que el acusado absuelto Ortiz Mantas manifestó que el agraviado había sufrido represalias por esa conversación. Esa misma versión, en lo esencial, es reiterada en los dos plenarios anteriores [fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatro mil cuatrocientos uno].

En el ámbito de la jurisdicción castrense, a Gamonal Yaranga, como imputado, en sede del SIE —sin fiscal ni defensor— no se le preguntó si el agraviado se encontraba con él en los calabozos del STE; en sede sumarial, anotó que vio al agraviado por última vez el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en que fue a su casa, pero en sede plenarial rechaza la investigación militar, porque fue golpeado y condicionado para que se autoinculpe [fojas treinta, setenta y seis y trescientos diecinueve].

Esa es la línea de las declaraciones de los imputados en sede militar. No se les pregunta nada sobre la permanencia del agraviado en el SIE, declaran en sede de primera instructiva, pero luego denuncian maltratos y condicionamiento para que se autoinculpen. Asi: 1. Sanchez Mendoza [fojas catorce, sesenta y uno, doscientos seis y trescientos dieciséis]. 2. Alvarado Cuadros [fojas diecinueve, noventa y dos y trescientos veinte vuelta]. 3. Neira Linares [fojas treinta y siete, ochenta y tres, doscientos veintiunos y trescientos dieciocho]. 4. Saavedra Telles

[fojas cuarenta y dos, ochenta y siete, doscientos diez y trescientos diecinueve vuelta]. 5. Leiva Rojas [fojas cincuenta y tres, setenta y trescientos veinte vuelta].

DECIMO OCTAVO. Que, en este proceso penal, los cinco detenidos, como primer dato, expresaron que por referencias de su codetenido Gamonal Yaranga, se enteraron de que este último también se encontraba preso en los calabozos del SIE [fojas dos mil cuatrocientos ochenta y nueve y cinco mil ciento treinta y ocho, fojas cuatrocientos setenta y tres y tres mil setecientos setenta y siete, fojas cuatrocientos cincuenta y seis, cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres, y fojas cuatrocientos cincuenta y seis, dos mil quinientos treinta, tres mil ochocientos veintitrés y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres]. Relativizan su versión en juicio oral Saavedra Telles y Leiva Rojas, pues el primero dice que ni siquiera vio a Gamonal Yaranga, pese a decir con anterioridad que los otros detenidos le comentaron de la presencia del agraviado Barrantes Torres [fojas quinientos treinta y nueve y cuatro mil cuatrocientos sesenta]; y, el segundo acota que no sabía si el agraviado estaba en el SIE, pese a que en el primer juicio oral expresó que escuchó a Gamonal Yaranga de que Barrantes Torres estaba detenido en los calabozos del SIE [fojas dos mil quinientos treinta y siete y cuatro mil doscientos cuarenta y tres].

En todo caso, como segundo dato, se tiene que todos mencionaron la presencia de los imputados absueltos y del reservado Rivera Azabache en los calabozos del SIE.

DECIMO NOVENO. Que es importante dejar establecido que efectivos de inteligencia militar vigilaron y llegaron al domicilio del agraviado, y que cuando el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho salió de su casa ya no volvió a aparecer [en especial declaraciones plenariales de Yeny Mariela Medina Malpartida y Judy Patricia Sanchez Malpartida de fojas cinco mil sesenta y tres y cinco mil ochenta y ocho], pero la investigación del SIE lo comprendió, al punto de que se mintió sobre su paradero, pues se consignó que estaba en Arequipa y se le entregó una carta —que los familiares reconocen es del imputado— para obtener diversos documentos que sirvieron al proceso penal militar. El AIO que realizó ese engaño fue el condenado Julio Hernán Ramos Álvarez. Los hermanos del agraviado, Mario Fernando y José Antonio Barrantes Torres, afirmaron que el reo Gaspar Neira Linares, finalmente, les comunicó que su hermano estaba detenido en los sótanos del SIE [fojas doscientos ochenta y nueve y cinco mil doscientos sesenta y dos, y doscientos ochenta y seis y cinco mil ciento seis].

El AIO Sosa Saavedra, según el libro del periodista Manuel Uceda Perez, *Muerte en El Pentagonito*, quien declaró a fojas cinco mil doscientos noventa y

cuatro, señaló que junto con el espía ecuatoriano también se ejecutó al agraviado, quienes previamente se encontraban detenidos en los calabozos del SIE [capitulo VIII, del libro en cuestión, fojas tres mil ciento ochenta y siete]. No obstante, Sosa Saavedra, quien incluso redactó una declaración jurada y fue grabado [fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve y dos mil setecientos veinte], en el juicio oral a fojas cinco mil trescientos sesenta niega todas esas referencias y expresiones que reconoce mencionó, incluso tal retracción la hace por escrito en una carta dirigida al propio periodista Uceda Pérez [fojas cinco mil cuatrocientos noventa y dos].

VIGÉSIMO. Que, por otra parte, los encausados absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas, niegan toda relación con el agraviado Barrantes Torres. El PRIMERO reconoce la investigación realizada, la captura de Gamonal Yaranga y el traslado de otros dos investigados —entre ellos de Neira Linares—, las órdenes del comandante EP Rivera Azabache, y la vigilancia de los detenidos en los calabozos del SIE. El segundo admite conocer a sus coimputados, que los detenidos recibieron los castigos de rigor, que debía vigilarlos y que Sosa Saavedra lo acusa por venganza.

Cabe enfatizar, al respecto, que el contumaz Rivera Azabache, en su instructiva de fojas quinientos sesenta y cinco, señaló que tenía bajo su comando a los absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas. Ambos imputados recurridos reconocieron que trabajaron en mil novecientos ochenta y ocho en el SIE, y corno tales se dedicaron al cumplimiento de la misión que entrañaba las investigaciones del Plan Lucero. Los detenidos Neira Linares, Alvarado Cuadros y Sánchez Mendoza mencionan a Ortiz Mantas como parte del equipo de investigación y quienes los vigilaron en los calabozos del SIE. Luego, sus labores no fueron solo de búsqueda de información, sino de captura, investigación y vigilancia de los detenidos.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que más allá de la versión contradictoria de Sosa Saavedra y lo que expuso, en lógica referencial, el periodista Uceda Pérez, es a partir de los datos consolidados en la causa: Primero, se capturó a Barrantes Torres —sindicado coma principal responsable de venta de información al extranjero—; Segundo, fue remitido a los calabozos del SIE como detenido; Tercero, se omitió toda información sobre su detención y vínculos con sus familiares, quienes insistieron, constantemente, en saber donde se encontraba [denuncia a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de fojas doscientos treinta y cuatro, carta dirigida al Comandante General del Ejercito de fojas mil ocho, escrito de fojas dos mil ochocientos tres dirigido a la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo, carta a la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público

de fojas dos mil ochocientos doce, y diversos oficios dirigidos por autoridades a instancia de ellos: fojas dos mil ochocientos ocho, dos mil ochocientos diez y dos mil ochocientos once]; Cuarto, luego de su arresto, un AIO —el sentenciado Ramos Álvarez— entregó a sus familiares una carta del agraviado para la entrega de información y les dijo que se encontraba en Arequipa; y, Quinto, hasta la fecha, tanto los imputados como todos los que participaron en el equipo de investigación, han negado información sobre el paradero del agraviado. Se trata, pues, de un desaparecido, cuya responsabilidad recae en todos los que, desde el rol que desempeñaron en el Plan Lucero, realizaron las investigaciones, sabían de su paradero y lo ocultaron. Es obvio, por lo demás, tener presente que se desapareció no solo al supuesto cabecilla de la red peruana, sino también al extranjero, que era el contacto para la fuga de información clasificada.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que los datos son claros y no se presentan contraindicios solidos que permitan dudar razonablemente de que se desapareció al agraviado. Los involucrados en el delito contra la seguridad y el honor de la nación, si bien en sede castrense no mencionaron al agraviado; pero en esa misma sede, posteriormente, cuestionaron con énfasis y uniformidad los maltratos y coacciones sufridas durante su estancia en sede del SIE, así como la exigencia de su autoinculpación. Luego, ya en la jurisdicción penal ordinaria -cuya imparcialidad y objetividad no puede ponerse en tela de juicio—, refirieron lo que ya se estipuló en orden a la presencia del agraviado en los calabozos del SIE; luego, si tal hecho es ocultado sistemáticamente por los imputados, es que ellos participaron en su desaparición. A sus versiones se tiene en cuenta lo expuesto por sus familiares y la propia realidad: el agraviado Barrantes Torres desapareció en plena investigación, bajo la guía del Plan Lucero, y ya producido el cambio de régimen político, no se ha resuelto y sigue en total misterio su paradero. Es, pues, un desaparecido. Esa es la única conclusión razonable.

Por las características del tipo legal de desaparición forzada [ver: fundamentos decimo primero a decimo tercero], como se afirma que los absueltos participaron en las investigaciones de los hechos atribuidos al agraviado y resguardaron a todos los arrestados, es obvio que sabían de su detención y, luego, omitieron dolosamente toda información al respecto.

La sentencia absolutoria en este contexto es infundada. Presento un análisis probatorio profundamente equivocado y, esencialmente, desde una concepción del tipo legal de desaparición forzada absolutamente insostenible. Es de aplicación el artículo 301°, *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

El recurso acusatorio debe desestirnarse y asi se declara.

6. *De la situación jurídica del contumaz Rivera Azabache*

VIGÉSIMO TERCERO. Que, a partir de lo expuesto, en los fundamentos jurídicos precedentes, que incluyen la versión del conturnaz y el análisis del caso, la prueba actuada acredito que habria participado, a nivel de mando, en la detención, encierro y ulterior desaparición —por lo cual ocultó información del paradero- del agraviado Barrantes Torres.

Como rehuyó el enjuiciamiento, es de, aplicación el artículo 321° del Código de Procedimientos Penales. No cabe la absolución por lo ya anotado, pero si la reserva, pues nadie puede ser juzgado ni condenado sin ser previamente oído, aun cuando tenga la condición de contumaz. Así lo estipula nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia correspondiente.

Estas consideraciones y no otras, de mero catéter formal, son las que determinan la reserva. Sencillamente, de lo actuado no es posible una conclusión absolutoria.

VIGÉSIMO CUARTO. Que es obvio que la declaración de hechos probados de una sentencia goza del valor de la prueba documental pública. Sin embargo, tratándose del mismo caso o hecho punible, su declaración de hechos probados y los fundamentos de derecho no pueden extenderse automáticamente para los ausentes y contumaces; aunque, tampoco, puede restársele todo mérito o estimarse simplemente como un mero dato referencial, con efectos valorativos nulos.

Es posible que concurran o se acrediten situaciones de hecho no contempladas o, luego, probadas o improbadas a la luz de una posible nueva prueba actuada. Por otra parte, pueden presentarse, en el caso del imputado ausente o contumaz, causas de exclusión de responsabilidad propia, ajenas a las de los otros coencausados.

VIGÉSIMO QUINTO. Que es evidente que no se puede estimar la existencia de cosa juzgada porque falta, como limite subjetivo, el imputado -esta comprende el hecho ya juzgado y la misma persona—. Las anteriores sentencias se concretaron, como corresponde, frente a las pruebas de cargo actuadas hasta el momento, al reservar la causa contra Rivera Azabache, pero no condicionan la condena si este se presenta a juicio o fuera capturado. En estos casos, no se da eficacia positiva o prejudicial a las sentencias anteriores.

Dos son las razones de esta opción frente a las sentencias condenatorias —diferente será el caso de las sentencias absolutorias—: primera, porque se prefiere que los tribunales puedan, a veces, incurrir en contradictorios juicios de hecho

y de Derecho, a que tengan coactada su libertad, para apreciar libremente las pruebas y aplicar sin cortapisas el Derecho; y, segunda, porque así se garantiza la integridad de la defensa del imputado, argumento de gran importancia y no meramente complementario del anterior [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES y otros. *Derecho Procesal Penal.* Quinta edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, dos mil dos página quinientos cuarenta y seis].

Por tanto, desde la parte resolutiva debe ratificarse la opción del Tribunal A Quo. Las razones de la reserva son las fijadas en los parágrafos precedentes. El recurso defensivo, en suma, se desestima y así se declara.

10. DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR

A. INDUCCIÓN A NO VOTAR O HACERLO EN SENTIDO DETERMINADO

116

§116. Configuración del delito de inducción al voto

Casación	760-2016-La Libertad
Fecha	20 de marzo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Aldo Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 356° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	22° al 35°

RESUMEN:

El delito de inducción al voto es un delito contra el derecho al sufragio, de pura actividad, de peligro concreto y ***solo puede cometerse, una vez que existan candidatos elegibles.*** *Por principio de subsidiaridad y fragmentariedad debe circunscribirse a las conductas más graves y que no puedan ser controladas eficientemente por el derecho electoral.*

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE INDUCCIÓN AL VOTO

Principio democrático y dignidad de la persona

VIGÉSIMO SEGUNDO. - El segundo motivo casacional tiene relación con la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La libre elección de los representantes es la máxima expresión de libertad del ciudadano y uno de los pilares del sistema democrático. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional:

> *"La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.*
>
> *Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaco, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de Información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la*

imagen (artículo 2°, Inciso 4), de acceso a la Información pública (artículo 2°, Inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, "herida de muerte".

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, Individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como Institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución.

Alcances típicos del delito de inducción al voto

VIGÉSIMO TERCERO. - Ahora bien, para la consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la Voluntad Popular y en un Capitulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado

El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

VIGÉSIMO CUARTO. - El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

a. El sujeto activo es designado mediante la locución pronominal "El que" por lo que puede ser cualquiera, Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.

b. El sujeto pasivo es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, locales, regionales, municipales o sus representantes dentro de organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y e expresión de la voluntad popular;

c. La acción típica está constituida por los verbos conjugados "trata de inducir". Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que "No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal), el verbo inducir debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

d. La finalidad del inductor es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la

entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.

e. Los medios que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f. El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.

g. El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Bien jurídico e imputación objetiva

VIGÉSIMO QUINTO. - Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

VIGÉSIMO SEXTO. - El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no) voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de 'una sociedad democrático-representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar -objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe

exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

VIGÉSIMO NOVENO.- Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicomprensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

TRIGÉSIMO.- Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral,

tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo tácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no Implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho Indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito

territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su Interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Bien jurídico y derecho electoral sancionatorio

TRIGÉSIMO TERCERO.- Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: "Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral".

TRIGÉSIMO CUARTO.- Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de "que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

Grado de afectación del bien jurídico

TRIGÉSIMO QUINTO.- El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico, sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

11. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

117

§117. Delitos contra la administración pública: Irrelevancia penal de los defectos administrativos subsanables

Casación	841-2015-AYACUCHO
Fecha	24 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Josué Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 399° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° al 23°, y 34° al 37°

RESUMEN:

Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el derecho penal. Ello porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé este tipo de contratación como la única que admite regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.

FUNDAMENTOS:

DECIMO SEGUNDO: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que –de todos los procesos exonerados– sólo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21° de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017).

DECIMO TERCERO: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control ex post de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128° del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 184-008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

> "**Artículo128.- Situación de Emergencia**
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.
>
> Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra,

> incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan o computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

DECIMO CUARTO: El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Sólo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia –directa o derivada– de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

DECIMO QUINTO: La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76° que:

> "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.
>
> La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades."

DECIMO SEXTO: Conforme al mandato constitucional antes señalado, la Ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede -posteriormente- regularizarse.

DECIMO sétimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último.

DECIMO OCTAVO: La regularización tiene efectos en el ámbito del Derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, ésta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

DECIMO NOVENO: Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Sólo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del

VIGÉSIMO: En ese orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en una contratación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca –por sí sola– de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a

Dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

VIGÉSIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA.

VIGÉSIMO TERCERO: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos... En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado –adicionalmente– un elemento externo al proceso de contratación.

LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

TRIGÉSIMO CUARTO: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: **A.** El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. **B.** Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

TRIGÉSIMO QUINTO: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la

administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

TRIGÉSIMO SEXTO: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

TRIGÉSIMO sétimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

A. VIOLENCIA Y RESITENCIA A LA AUTORIDAD

118

§118. Tipicidad y Determinación Judicial respecto a la circunstancia agravante

Acuerdo Plenario Extraordinario	1-2016/CIJ-116
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 367° CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	16° al 23°

RESUMEN:

El objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante TERCEROS. *Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial.*

FUNDAMENTOS:

La agravante del inciso 3° del párrafo SEGUNDO del artículo 367°

16° El texto original del artículo 367° del Código Penal vigente no consideraba la condición policial de la autoridad que era afectada por actos de violencia o intimidación, como una circunstancia agravante especifica. Tampoco el Código Penal de 1924 reguló en su articulado una disposición similar. Sin embargo, el Código Maúrtua en el artículo 321°, que reprimía los actos de intimidación, consideraba como agravante especifica que *"el delincuente pusiere manos en la autoridad"*. En estos casos el estándar de punibilidad era no menor de seis meses de prisión lo cual daba al órgano jurisdiccional un amplio espacio de punición que permitía una mejor adaptación de la pena concreta a la mayor o menor gravedad de la agresión cometida. Al promulgarse el Código Penal de 1991 el artículo 266° conservó la misma descripción típica de la intimidación, pero omitió reproducía aquella ideología agravante.

17° La inclusión pues, de la agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después a través de la Ley 30054 y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante especifica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimida a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte. La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminlaizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse tendrían tipificada formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368° *("El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención") o en faltas como las contempladas en los incisos 3 ("El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las ordenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia") y 5 ("El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interrogue por razón de su cargo")* del artículo 452°. Cabe señalar también que los insulto o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos

contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (Artículo 130°) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros. A respecto es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley 27975, del 29 de mayo de 2003, el delito de desacato que reprimía ese tipo de afrentasen el derogado artículo 374° del modo siguiente: *"El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de una funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años. si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. La justificación dada para tal decisión político criminal, fue la necesidad "democrática" de eliminar toda clase de privilegios legales o de sobre tutela pena para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425° del Código Penal.

18° Ahora bien, es importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia resistencia contra la autoridad policial, así como de la agravante que para tales casos contempla el artículo 367° del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legitima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y de sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcionarial o policial del sujeto pasivo:

- Homicidio Calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 108° A).
- Sicariato (Artículo 108° C, inciso 5).
- Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121. Párrafos 5° y 6°).
- Lesiones leves Dolosas (Artículo 122°, Incisos 3, literal a y 4).
- Injuria (Artículo 130°).
- Secuestro (Artículo 152° inciso 3).

19° Por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencia

y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tiene siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.

20° Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial sólo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice nos den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, el delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122°, inciso 3, literal a. es decir, **en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad**, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violaciones ejercida produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta sólo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121° y 122° del Código Penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia de la agravante especifica que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad; y, si solo produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad.

Sobre la Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Penal

21° Como ya se ha señalado, el objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad

que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas otras acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones y estar destinadas a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o por el contexto donde estas se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y sólo pueden realizar el tipo penal del artículo 366° o ser falta. Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afatar su honra a través de insultos o lanzarle escupitajos, no pueden ser considerados como formas agravadas. Sobre todo porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuada para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena, entonces, que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser conminada en el artículo 367°.

22° Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidas contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos de consumo de alcohol; o cuando aquel sólo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reaccione en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial. En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponer siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21° del Código Penal. asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos.

23° Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesal expresa concesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley.

119

§119. Elementos del tipo subjetivo

Recurso de Nulidad	652-2016- LIMA NORTE
Fecha	23 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 366° del CP

RESUMEN:

El delito de violencia y resistencia a la autoridad es doloso; es decir, supone el conocimiento del sujeto pasivo y el ejercicio legítimo del acto funcional.

FUNDAMENTOS:

Séptimo: Está probado que los hechos sucedieron en un acto judicial de lanzamiento; no obstante, no obra en los actuados elemento probatorio alguno que acredite que el recurrente tenía conocimiento de que se iba a realizar la citada diligencia judicial, ni que se siguió un proceso en la vía civil que ampare el citado desalojo. Por el contrario, obra a fojas doce la testimonial del efectivo policial Robert La Chira Quispe (lesionado), quien refirió que estuvo presente en la diligencia solo para dar seguridad al secretario judicial, pues eran siete personas contratadas las que se encargarían de desalojar; en el mismo sentido, a fojas diecisiete, el policía José Antonio Altamirano Villagaray indicó que su función se limitó, exclusivamente, a brindar seguridad al secretario del juzgado, ya que para el desalojo los interesados contrataron a civiles.

OCTAVO: Para mayor documentación, se aprecia a fojas catorce que el efectivo policial Antonio Aguilar Yanac manifestó que se produjo una gresca entre

las personas que estaban en el inmueble objeto de litis y los contratados por los demandantes para realizar el desalojo, en el cual la policía no tuvo participación alguna, más que el uso de agentes químicos para acabar con el enfrentamiento.

NOVENO: Con lo expuesto, se encuentran acreditadas las circunstancias que rodearon el hecho imputado pero no el conocimiento del recurrente del acto judicial en cuestión. Tanto más si no obra en el proceso declaración del servidor judicial que certifique la forma en que los terceros contratados ingresaron al inmueble del procesado ni si se dio la oportunidad de que este tome conocimiento de la legalidad de la medida, menos aún se aprecian cargos de notificación que denoten que el lanzamiento judicial fue debidamente comunicado, puesto que se trataba de una vivienda habitada.

DECIMO: ***El delito de violencia y resistencia a la autoridad requiere que la conducta ilícita esté dirigida a impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones. Ello supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y el acto funcional que este realizará.*** Situación que no se probó en el caso de los actuados judiciales; por lo cual corresponde amparar el recurso defensivo y declarar la absolución del encausado, de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos uno, del Código de Procedimientos Penales.

DECIMO PRIMERO: La sentencia de vista cuestionada, que ingresó a conocimiento del Tribunal Supremo, también se pronunció por la responsabilidad penal del procesado Jonathan Adolfo Pérez Ramos, quien estuvo en forma circunstancial en la vivienda del recurrente (véase a fojas diecinueve) y en la situación jurídica, puesto que al no determinarse que el desalojo fue comunicado debidamente a los encausados no puede inferirse que estos actuaron con la intención de impedir que la autoridad ejerza sus funciones. Por tanto, en aplicación del efecto extensivo de los recursos, corresponde declarar la absolución del citado procesado.

120

§120. Toda persona puede oponerse y resistirse a la propia de tención, pero no se admite violentar a la autoridad policial

Recurso de nulidad	1268-2018/LIMA NORTE
Fecha	24 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Arts. 365 y 366 del CP.

RESUMEN:

Es obvio que el encausado se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindicaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero). Ello denota una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol. Es verdad que toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Cabada Castañeda en su recurso formalizado de fojas trescientos cuarenta y seis, de veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos. Alegó que la detención policial

fue injustificada y abusiva, además fue agredido por la policía; que no existen pruebas de una grave y significativa violencia y/o resistencia contra la autoridad –la incapacidad del policía afectado no pasó el umbral de las faltas–, y además se efectuó en el marco de una actuación de defensa ante la violencia policial.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día diecinueve de abril de dos mil quince, como a las siete horas con veinte minutos, la persona de José Humberto Zurita Castañeda denunció que había sido víctima de robo por parte del encausado Cabada Castañeda, lo que dio lugar a la intervención del policía Vargas Cirilo, quien lo intervino y le pidió sus documentos personales. Como se le indicó que debían ir a la Comisaría, opuso resistencia y agredió, con un puñetazo en el rostro, al citado efectivo policial; incluso, trató de impedir que se le conduzca a la Comisaría realizando actos violentos en el interior del vehículo policial conducido por el efectivo policial Raúl Acuña Tobies.

TERCERO. Que el encausado Cabada Castañeda reconoció que si bien respondió al policía que lo intervino, lo hizo en defensa personal porque aquél lo agredió primero; incluso reconoció que por cólera rompió el lado izquierdo del vehículo policial, así como alegó que estaba ebrio [fojas dieciséis, ciento treinta y cuatro y doscientos cincuenta y cinco].

CUARTO. Que el propio denunciante Zurita Castañeda precisó que el imputado se puso "bravo" con los policías, que agredió al personal interviniente y que luego de un forcejeo los policías lograron reducirlo e ingresarlo al patrullero [fojas diez, con fiscal].

El efectivo policial Vargas Cirilo ratificó que el imputado se encontraba ebrio –no estaba lúcido–, que intervino a raíz de la denuncia del agraviado Zurita Castañeda, que se opuso al arresto y lo agredió [fojas trece y doscientos sesenta y nueve].

Esta última declaración es concordante con la Ocurrencia Virtual de fojas dos.

Además, la pericia médico legal de fojas treinta y cinco da cuenta que el policía presentó equimosis violácea región mucosa labial, superior derecho, tumefacción superficial mucosa labial, interior derecho, equimosis violácea tenue región anterior falange distal cuarto dedo mano izquierda, que requirió un día de atención facultativa por cuatro días de incapacidad médico legal. El dictamen pericial forense de fojas ciento cuarenta y cinco confirma las lesiones en rostro y miembro superior izquierdo que presentó, al examen, el citado efectivo Policial Vargas Cirilo.

El certificado médico legal del encausado de fojas treinta presentó excoriaciones, tumefacción y equimosis por fricción, que igualmente requirió un día de atención facultativa por cuatro días de incapacidad médico legal.

QUINTO. Que, en consecuencia, es obvio que el encausado Cabada Castañeda se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindicaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero) –así lo declaró no solo el efectivo policial lesionado sino el denunciante–. Ello denota una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol.

Es verdad que toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía. El delito es el previsto en el artículo 367, numeral 3, del Código Penal, según la Ley número 30054, de treinta de junio de dos mil trece.

SEXTO. Que si bien se cometió el delito juzgado, en el presente caso se presentó un caso evidente de ebriedad a tal punto que mermó las facultades, sin eliminarlas, de entendimiento del imputado, por lo que se aplica la concordancia de los artículos 20, apartado 1, y 21 del Código Penal. Se está ante una causal de disminución de punibilidad (eximencia incompleta), que obliga a reducir la pena por debajo del mínimo legal.

La pena debe disminuirse y ha de suspenderse condicionalmente, por tratarse de un delincuente primario y no vislumbrarse que la suspensión no impedirá una reiteración delictiva.

B. COLUSIÓN

121

§121. Precisiones sobre el delito de colusión simple y agravada

Casación	661-2016-PIURA
Fecha	11 de julio de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	Art. 384° del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	15° al 17°

RESUMEN:

La modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar"-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

La colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado ***-desvalor de resultado-****. Ahora bien,* ***una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable****, en tanto sea concreta y específica.*

FUNDAMENTOS:

A. Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante Ley N° 26713, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: *"Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de fres ni mayor de quince años."*

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la **Ley N° 29703**, que modificó la ley anterior agregando el término "**patrimonialmente**"; así, precisó la norma: *"Artículo 384 – El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."* Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017- 2011-PI-TC del tres de mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión patrimonialmente", siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la Ley N° 29758, que regula el delito de colusión en dos modalidades: "Colusión simple – primer párrafo" y "Colusión agravada – segundo párrafo":

> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."*

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápites posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

DECIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el **apartado "I"** de la presente ejecutoria, se inició el **8 de julio de 2011** con la emisión de la resolución de Alcaldía N°658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DECIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue -como es en la actualidad- entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, **"defraudar al Estado"** no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba

con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DECIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo –**Ley N° 26713– el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años**, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la **Ley N° 29758** que regula una nueva estructura típica del delito de colusión -simple y agravada- la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. Estando a ello, se tiene que la **Lev N° 29758** es una norma más favorable -por tanto es de aplicación al caso el principio de retroactividad benigna, en virtud al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, pues en caso exista un acuerdo colusorio pero no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un **límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad.**

B. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN

DECIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la **Ley N° 29758** –que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual–, regula dos supuestos:

1) Colusión simple y **2)** Colusión agravada; el primero establece que: "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su carao, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **concerta con los interesados para defraudar al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley, mientras que el segundo señala: "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su carao, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **mediante concertación con los Interesados defraudare patrimonialmente al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)"

DECIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos el **núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado**. En ese sentido, el marco para el acuerdo

defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: *"(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública".*

DECIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: "*si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada*". Así, **la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario**, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse **la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.**

DECIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar"-. **Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto.** En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

DECIMO SÉPTIMO: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia

del Corte Suprema; así, se estableció en **la Casación N° 1105- 2011/SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión".**

C. LA COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

DECIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta Suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de **casación N° 367-11/ Lambayeque,** respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que: "**3.10.** Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales **para que el autor pueda cometer el delito.** Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. **3.11.** De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial **para la comisión el delito.** Se trata de aportes que no son indispensables. (...). **3.12.** La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaría y secundaría. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típico- también puede ser imputada subjetivamente."

DECIMO NOVENO: Conforme a lo citado, las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice -primario o secundario- son acciones anteriores o simultáneos a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor. En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema -véase fundamento jurídico 28 de la Casación N°841-2015- **la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.** Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*Intraneus)*; y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus:* sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación civil.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal , el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de las causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil ; más aún si "nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...)(por lo que esta) acumulación de a acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menos desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho"; por tanto una sentencia penal deberá pronunciarse donde la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

122

§122. Perjuicio en el delito de colusión

Recurso de nulidad	881-2018-PASCO
Fecha	1 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 384 del CP

RESUMEN:

La determinación del perjuicio o defraudación patrimonial en el delito de colusión desleal, requiere la realización de una pericia contable idónea. Su falta de acreditación suficiente determina la nulidad de la sentencia, toda vez que constituye un elemento esencial del tipo penal.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la sentencia impugnada

1.1. El delito de colusión puede verificarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública; tanto en la de generación de la necesidad (inicio), como en la de liquidación del contrato (final), pasando por las etapas de evaluación, adjudicación, ejecución, etcétera.

1.2. En la valoración de los medios probatorios se tuvo en cuenta lo establecido en el fundamento octavo del Recurso de Nulidad número 1722-2016 del

Santa, y lo establecido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente número 00185-2011-7-1826-JR-PE-03, en su fundamento décimo octavo.

1.3. En el Proceso de Contratación por Adjudicación Directa Selectiva número 017-2006-CE-MPDC se constataron una serie de deficiencias e inobservancias de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento vigente en el año 2006, las que han sido puntualizadas en la sentencia impugnada, indicando los elementos probatorios que se advierten de dichas irregularidades y de los indicios que advierten que estas respondieron a un acuerdo colusorio, tales como:

1.3.1. El Comité de Obras –integrado por Peter Roal Marquina Dávila, presidente; Orlando Leandro Ildefonso, primer miembro, y Alexander Igor Rivera Lucas, segundo miembro– jamás fue a constatar la ejecución total de la obra, como se desprende de sus declaraciones disímiles.

1.3.2. El acusado Leandro Ildefonso no solo otorgó irregularmente la buena pro al contratista, sino que, pese a que evidenció desconocer inclusive el lugar de ejecución de la obra II etapa de la trocha carrozable, procedió a suscribir el acta de recepción, como miembro del comité de recepción de obras. El veintidós de diciembre de dos mil seis, presentó a Marquina Dávila el informe sobre la culminación de la obra al 100% y el expediente de liquidación, pidiendo que se le paguen sus honorarios, los cuales cobró el veintiocho de diciembre de dos mil seis; pero, el diecisiete de enero de dos mil siete, el nuevo regidor y el nuevo gerente de Desarrollo Urbano de la municipalidad agraviada encontraron un grupo de trabajadores realizando excavaciones de cunetas, además de que detectaron deficiencias en varios tramos.

1.3.3. López Suárez, indebidamente, procedió a elaborar el expediente técnico para la "Construcción de la trocha carrozable Nunumyayog II etapa", pese a que, en el mes de diciembre de dos mil seis, ostentaba la Gerencia de Instituto

Vial Provincial de la entidad agraviada; sin embargo, es una falacia que haya sido contratado por alguna empresa, cuando no existe prueba alguna de ello.

1.3.4. No obra en autos el informe que elevara el acusado Peter Roal Marquina Dávila a la Alcaldía, solicitando la aprobación del expediente técnico y la ejecución de la obra "Construcción de la trocha carrozable Nunumyayog II etapa", lo cual impide conocer si estaba considerada en el plan anual de contrataciones y adquisiciones de la Municipalidad agraviada.

1.3.5. Marquina Dávila, Orlando Leandro Ildefonso y Enma Osorio Silvestre actuaron como miembros del Comité Especial Permanente para Procesos de Adjudicación Directa Selectiva Obras y Consultoría, sin acreditar su debido nombramiento, pese a que, según Resolución de Alcaldía número 08, del dieciséis de enero de dos mil seis, otros integraban dicho comité, con lo que se constata que actuaron usurpando funciones.

1.3.6. Para la ejecución de la obra, se favoreció abiertamente la contratación del contratista acusado Carhuamaca Vásquez, quien había ejecutado con anterioridad una obra pública a favor de la entidad agraviada, durante la gestión de sus coacusados, lo que implica que el procedimiento de adjudicación directa selectiva fue totalmente simulado, para aparentar la formalidad de selección de postor, pues permitieron que la obra fuera ejecutada realmente por López Suárez, quien suplantó a Carhuamaca Vásquez.

1.3.7. Igualmente, Marquina Dávila permitió que la obra sea ejecutada sin la presencia del supuesto residente Barquerizo Canchumanya o mediante la probable suplantación de él por el hermano de Miguel Edwin López Suárez.

1.3.8. La contratación del supervisor de obra Rivera Lucas fue aparente, porque el contrato está fechado el cinco de diciembre de dos mil seis, pero en realidad él recién lo firmó el quince de diciembre, e hizo anotaciones fraudulentas en el cuaderno de obras, pues solo se constituyó una vez a la obra, y él mismo afirmó que no contaba siquiera con un ejemplar del expediente técnico.

1.3.9. Leandro Ildefonso fue servidor público en la Gerencia de Marquina Dávila; López Suárez también fue servidor público, sin embargo, fue supervisor de la construcción de la trocha en su primera etapa y elaboró el expediente técnico para la segunda etapa, y Rivera Lucas es conocido por todos los funcionarios y contratistas, razón por la

cual –a pedido de Marquina Dávila– se le contrató sin concurso ni selección –de las que no existe prueba alguna–, con lo que queda demostrada la concertación dolosa de todos ellos.

1.4. Todo esto fue corroborado con: a) el acta de constatación y verificación fiscal, del 21 de marzo de 2007–fojas 198 a 193–; b) la memoria descriptiva elaborada por el propio López Suárez –fojas 316 y siguientes–; c) el acta de inspección judicial del 23 de julio de 2008 –fojas 1186 a 1193–, en la que se constató que no existe puente de enlace a dicha carretera ni cunetas y que la carretera no está en uso, pues no se cumplió con las inclinaciones de los taludes; además el Informe número 57-2207 y el convenio de colaboración –foja 346–, que suscribió el contratista con el presidente de la comunidad de Nunumyayog, supuestamente para contratar mano de obra de comuneros, señalando que el costo lo habría pagado el contratista, pero no mostró documento alguno que compruebe que cumplió con dicho pago.

1.5. El informe pericial suscrito por los contadores públicos colegiados Quillatupa Machuca y Peña Toribio Nicaso no tiene sustento contable válido, pues se limitaron a repetir lo que el gerente de Desarrollo Urbano, Salud y Medio ambiente de la Municipalidad agraviada señaló en su Informe número 15-2007; por lo que no cumplieron con realizar un análisis pormenorizado de los documentos para establecer si los gastos responden o no al avance físico de la obra, como lo declararon en el juicio oral; de lo que se colige que no se ha determinado mediante una pericia contable el monto del perjuicio económico, pero al no ser imperativo que la defraudación se base en una pericia oficial, debe tomarse en cuenta solo para efectos de graduar la pena, ya que los hechos ocurrieron entre los meses de noviembre a diciembre de dos mil seis, cuando estuvo vigente el texto del artículo 384 del Código Penal, que no exigía el perjuicio económico para el Estado, sino que bastaba la potencialidad para defraudarlo.

Segundo. Fundamentos del Tribunal Supremo

2.1. Los recursos impugnatorios interpuestos cuestionan la existencia de elementos de prueba que acrediten la verificación de un acuerdo colusorio entre las partes, y niegan que se haya causado una lesión efectiva al patrimonio municipal, pues sostienen que la pericia contable realizada carece de mérito probatorio, por no tener sustento contable ni jurídico.

2.2. En cuanto al acuerdo colusorio, en la sentencia impugnada se han precisado los elementos de prueba que evidencian un acuerdo colusorio entre las partes, extremo que no adolece de cuestionamientos por parte de este Tribunal, por hallarse debidamente fundamentado: se precisa la imputación contra cada procesado y los medios probatorios que sustentan las sindicaciones en su contra; pero no se ha establecido a través de la pericia contable correspondiente si dicho acuerdo pudo ser perjudicial a los intereses patrimoniales del Estado o si existió la defraudación patrimonial.

2.3. Es cierto que en la fecha de comisión de los hechos –los meses de noviembre a diciembre de dos mil seis– el tipo penal de colusión desleal, previsto en el artículo 384 del Código Penal, preveía una conducta sin agravantes, que no contemplaba como elemento normativo la defraudación patrimonial y que esta solo tenía injerencia en la graduación de la pena.

2.4. Pero ello no implica que se pueda prescindir de tal elemento de prueba en la determinación de la configuración del tipo penal, dado que solo a través de esta se puede apreciar la magnitud del posible perjuicio patrimonial que se pudo causar o se causó al Estado; por ende, es decisivo a efectos de establecer la proporcionalidad de la pena impuesta.

2.5. Sobre la base de lo mencionado, se tiene que el Ministerio Público, en su acusación, solicitó la realización de una pericia contable para determinar el monto del perjuicio económico, prueba que fue admitida por el Colegiado Superior.

2.6. Sin embargo, conforme se señala en la sentencia impugnada, se determinó en el juicio oral, a partir de la declaración de los contadores públicos colegiados Quillatupa Machuca y Peña Toribio Nicaso, que suscribieron el informe pericial (fojas 1330 a 1348), que esta no posee un sustento contable válido, pues se limitaron a repetir la declaración del gerente de Desarrollo Urbano, Salud y Medio Ambiente de la Municipalidad agraviada, vertida en su Informe número 15-2007, sin efectuar un análisis pormenorizado de los documentos obrantes en autos (fojas 2485 a 2488), por lo cual dicha pericia no resulta idónea para establecer si hubo o no perjuicio económico y menos para determinar su monto.

2.7. Por lo que, al desestimarse la necesidad de la pericia contable, se configura la vulneración al debido proceso, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

2.8. Como consecuencia de lo mencionado y conforme al artículo 299 del Código de Procedimientos Penales, debe llevarse a cabo un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, en el que se ordene la realización de la pericia valorativa, debiéndose actuar con la diligencia debida.

En cuanto a la situación jurídica de los procesados

2.9. Como consecuencia de la condena de los procesados en la sentencia impugnada, se ordenó su ubicación y captura, y, por consiguiente, su internamiento en el penal que corresponda.

2.10. Al declararse la nulidad del juicio oral y ordenarse la realización de un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, deben levantarse las órdenes de captura emitidas en contra de los procesados, dado que durante el transcurso del proceso su condición jurídica fue la de reos libres.

Sobre la excepción de prescripción

2.11. El cómputo del plazo de prescripción de la acción penal exige la subsunción del hecho en el tipo penal correspondiente.

2.12. El texto del artículo 384 del Código Penal vigente a la fecha de comisión de los hechos sancionaba este delito con una pena mínima de 3 años de privación de libertad y una máxima de 15.

2.13. En la sucesión de normas posteriores, los topes mínimo y máximo de la pena se han mantenido, esto es entre 3 y 15 años, con la diferencia de que está dividida: la sanción para la colusión simple es no menor de 3 ni mayor de 6 años y la correspondiente a la modalidad agravada es no menor de 6 ni mayor de 15 años.

2.14. Conforme se expresó en los parágrafos precedentes, no se encuentra esclarecido si en el presente caso existió perjuicio patrimonial al Estado, por lo que no puede calcularse el cómputo del plazo de prescripción sobre la base de la sanción establecida en el tipo penal vigente en la actualidad para el delito de colusión simple, como lo solicita el recurrente, ya que ello implicaría efectuar un juicio anticipado sobre la no existencia de defraudación patrimonial, sin que exista la pericia valorativa correspondiente.

2.15. Por lo tanto, atendiendo a que la pena máxima en el tipo penal vigente al momento de comisión de los hechos es no mayor de 15 años, y a que, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 80 del Código

Penal concordante con el último párrafo del artículo 83 del mismo, el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal es de 22 años con seis meses, el mismo que, tomando en cuenta que los hechos materia del presente proceso datan del periodo comprendido entre los años dos mil cinco al dos mil seis, no se ha vencido, por lo que se debe declarar infundadas las excepciones de prescripción de la acción penal deducidas.

C. PECULADO

123

§123. Delito de Peculado. Definición y acción típica

Acuerdo Plenario	4-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Gonzáles Campos.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo
Disposiciones estudiadas	Art. 387º del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6°, 7° y 8°

RESUMEN:

*El delito de peculado **puede concretarse tanto por medio de una acción dolosa como de una acción culposa**, la misma que se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo. Ambas acciones admiten circunstancias agravantes en virtud del fin de los bienes objeto de peculado, como lo son los fines asistenciales o los programas de apoyo social, entre otros.*

*De ahí que se el delito de peculado sea un **delito pluriofensivo**, por lo que con su regulación se busca, por un lado, garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, por otro, evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público agente del delito.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en ***primer*** lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que: *"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..."*. *En* ***segundo*** *lugar*, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos..."*. *Concluyendo en* ***tercer*** *lugar*, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: *"Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..."* (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993).

Para la existencia del **delito de peculado** no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. **Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica**, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.

Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: ***a)*** Garantizar el principio de la no lesividad 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 probidad.

7°. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

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. Apropiación 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.

8°. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputraslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero."

124

§124. Características especiales del sujeto activo y tipicidad de la conducta.

Casación	160-2014 – SANTA
Fecha	04 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387 del CP

RESUMEN:

La Corte Suprema estableció que el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente que la conducta sea atípica. Así, pues, la acreditación de la presencia o no de elementos del tipo penal, esto debe verse en el desarrollo del proceso, porque constituye un análisis sobre el fondo del asunto de manera que no le corresponde una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE:

DECIMO: Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no especifica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia -directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas -caudales o efectos-, de lo contrario, también serían responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región.

DECIMO PRIMERO: Lo que es correcto, conforme al principio de legalidad, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; porque este elemento restringe la tipicidad de la conducta e imposibilita argumentar por una lectura extensiva, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía in malam partem.

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA ES COMO SIGUE:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DECIMO CUARTO: Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DECIMO TERCERO: En este sentido, concordando con el voto en minoría, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta; por cuanto la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser

pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin, su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ÁLVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

VIGÉSIMO NOVENO: Finalmente, respecto al segundo aspecto que motivó la concesión del recurso de casación, esto es, que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público; se debe precisar que la fundamentación de la apelación del titular de la acción penal, tras la decisión de primera instancia, estuvo orientada a sustentar la vinculación funcional del procesado ÁLVAREZ AGUILAR en mérito a su especial posición de garante (como presidente del Gobierno Regional de Áncash y presidente del Proyecto Especial Chinecas), sobre el patrimonio de la entidad agraviada. Así, la Sala de Apelaciones interpretó que dicha posición de garante deducida se encontraba referida a los delitos de omisión impropia (por ser uno de sus elementos configurativos) y como tal resolvió su rechazo en sus fundamentos resolutivos. La tipificación señalada por el Ministerio Público en su formalización,

refiere a una situación de coautoría y cuando la Sala Superior rechazó la conducta del procesado ÁLVAREZ AGUILAR como coincidente a una acción por omisión impropia, se habría excedido en sus atribuciones al no ser esta una posición o hipótesis formulada por el titular de la acción penal. Sin embargo, el deponente considera que tal situación se debe a un error por interpretación literal de la Sala de Apelaciones, respecto de los argumentos del Fiscal Provincial, pues este hizo referencia a la posición de garantía como término coloquial que afianza el especial deber funcional que tiene el acusado ÁLVAREZ AGUILAR, y no como elemento constitutivo de los delitos de omisión impropia. Al respecto, estimo que con la decisión principal que rechaza la excepción de improcedencia de la acción y su consecuente devolución de actuados para la continuación del proceso, queda también resuelto el error incurrido por la Sala Superior; no obstante, se debe recalcar que, en adelante, el titular de la acción penal deberá de ser más cuidadoso y específico con el planteamiento de sus alegaciones y fundamentaciones, para evitar que los órganos jurisdiccionales deban interpretar estos y subrogarlo indebidamente.

125

§125. Precisiones sobre el delito de Peculado doloso

Casación	160-2014-ANCASH
Fecha	07 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Neyra Flores, Loli Bonilla, Hinostroza, Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° CP

RESUMEN:

El hecho de ser Presidente o Gobernador Regional, no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA ESCOMO SIGUE:

1 El delito de peculado

PRIMERO. El delito de peculado doloso se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. Requiere para su configuración que el funcionario o servidor público, en su beneficio personal o de un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos, cuya percepción,

administración o custodia le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Publica.

SEGUNDO. Esta norma tiene sustento en la normativa internacional, la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de once de diciembre de dos mil tres, suscrita por el Perú, exige en su artículo diecisiete que cada Estado Parte adoptara las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de sus cargo. En el mismo sentido la convención interamericana contra la Corrupción, de veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis en su artículo XI, determina que a los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecuencia de los objetivos de esta Convención, los Estados estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: (...) b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empezar instituciones en que este tenga parte a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

TERCERO. Como lo establece el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, recogido por la casación número doscientos cuarenta y cuatro-dos mil trece-Arequipa, de once de febrero de dos mil catorce, este tipo penal es uno pluriofensivo, en razón que todo su bien jurídico protegido se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: i) Por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Por otro, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público.

CUARTO. Es un delito de infracción de deber, por lo que quien, quien vulnera este compromiso con el Estado siempre será autor, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho. De la importancia de establecer quién es el autor típico. Que debe ser un funcionario o servidor público y tener los bienes del Estado confiados en razón de su cargo.

2. El elemento de relación funcional en el delito de peculado

QUINTO. Este componente "razón de cargo" o vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el circulo de autores, circunscribiéndolo, por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría al principio de legalidad, en el ámbito del mandato de determinación de las normas punitivas.

SEXTO. Este elemento asido reconocido por el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, indicando que implica que el autor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen actos mediante los cuales el sujeto activo (funcionario o servidor) entra en posesión licita de los bienes del patrimonio público a partir de donde podrá desarrollar las actividades de la función o servicio que le estén encomendadas, es decir, otorga contenido al cielo elemento del tipo penal.

SÉPTIMO. El agente posee estos bienes por lo dispuesto legalmente así ingresan a su competencia, por ello, el bien jurídico será afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estados infringiendo el deber especifico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, no puede haber una violación de "deberes generales del cargo", es decir, fuera de lo señalado fuera de la ley o su competencia, que es la esfera de custodia cuya titularidad corresponde al funcionamiento público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional, si el sujeto activo no es titular de dicha esfera, solos puede haber hurto. Por eso este es un delito de infracción de deber.

OCTAVO. Como señala Abanto Vásquez esta norma tiene como antecedentes el Código Penal argentino de mil novecientos veinticuatro, cuya doctrina señala, respecto a este elemento, que el que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos. En esa línea se ha pronunciado Rojas Vargas, al señalar que la posesión de estos bienes puede ser directa o indirecta, es decir, es decir estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la disposición jurídica o disposición funcional. Para el la relación funcional tiene por contenido:

1) Existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar.

2) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos especialmente por dicho sujeto en virtud de las atribuciones de su cargo.

3) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos.

4) Deber de garantizar la posición (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado.

NOVENO. En esa línea, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis que la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos implica un poder de vigilancia y control sobre la casa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, esto es, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. No es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga una tenencia material directo. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto, competencia funcional específica, es decir, estar en la ley.

3. El vínculo funcional del Presidente Regional

DECIMO. Las funciones del Presidente Regional (ahora Gobernador Regional) se encuentran en la ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley número veintisiete mil ochocientos sesenta y siete, de dieciséis de noviembre de dos mil, que señalo en su artículo uno que tiene por objeto establecer y normar la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales. De acuerdo al artículo once, la Presidencia Regional, es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional. El artículo veinte de la citada Ley señala que la Presidencia Regional recae en el Presidente Regional, representante legal y titular del pliego Presupuestal del Gobierno Regional. Asimismo, el artículo setenta y dos señala que el Gobierno Regional norma y administra sobre sus recursos, bienes y activos conforme a ley.

DECIMO PRIMERO. De conformidad con el articulo veintiuno de la citada ley, el Presidente Regional tiene como atribuciones, entre otras: a. Dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos,

administrativos y técnicos. b. Proponer y ejecutar el Presupuesto Participativo Regional aprobado por el Consejo Regional. (...) f. Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional. g. Dirigir, supervisar, coordinar y administrar las actividades y servicios públicos a cargo del Gobierno Regional o través de sus Gerentes Regionales. (...) j. Suscribir convenios y contratos con la cooperación técnica internación, con el apoyo del Consejo Nacional de la Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de su competencia. K. Celebrar y suscribir, en representación del Gobierno Regional, contratos, convenios y acuerdos relacionados con la ejecución o concesión de obras, proyectos de inversión, prestación de servicios y demás acciones de desarrollo conforme a la ley de la materia y solo respecto de aquellos bienes, servicios y/o activos cuya titularidad corresponde al Gobierno Regional. (....) n. Presentar la memoria y el informe de los Estados Presupuestario y Financieros del Gobierno Regional al Consejo Regional. (...) p. Presentar al Consejo Regional:

1) El plan de desarrollo Regional Concertado. 2) El plan Anual y el Presupuesto participativo Anual. 3) El programa de Promoción de Inversión y Exportaciones Regionales. 4) El programa de Competitividad Regional. 5) El Programa Regional de Desarrollo Capacidades Humanas. 6) El Programa de Desarrollo Institucional. (...) r. Proponer y celebrar los contratos de la operaciones de crédito y externo aprobadas por el Consejo Regional.

DECIMO SEGUNDO. Sobre esa base se advierte que el Presidente Regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del Tipo penal que presupone funcione activas de manejo conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícito la vinculación funcional comprendidas tanto relaciones directas con el caudal, efectos o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

DECIMO TERCERO. En ese sentido, no se puede excluir al Presidente Regional de una Investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes Del Estado, pues la ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tienen administración de los recursos de la entidad.

DECIMO CUARTO. Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional, no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del

proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil catorce -calificación de casación-, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto:

a. La llamada "disponibilidad jurídica" o "existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución", pues de acuerdo con el criterio asumido por el órgano judicial de primera instancia, al encausado Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, solo le correspondería una relación funcional "genérica" sobre los recursos económicos de la entidad a su cargo, más bien son los órganos de dirección interna y externa quienes habrían realizado el proceso de elaboración de bases y demás, que generó la sobrevaluación del estudio de pre-inversión del perfil del royecto de adecuación y la ejecución de. dicho proyecto, y que, por anto, estos son los que únicamente tendrían responsabilidad en la administración del Proyecto Especial.

b. Asimismo, el Colegiado Superior al efectuar el análisis habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público, pues en la formalización de la investigación se consideró a Álvarez Aguilar coautor el delito de peculado por apropiación, sin embargo, en la resolución de vista se consigna lo siguiente: *"(...) el argumento del Ministerio Público (...), en síntesis, viene a ser que el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial Chinecas, tenía el deber de garante a fin de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que, su conducta sería la de haber perpetrado el delito de peculado por omisión impropia, previsto en el artículo trece del Código Penal concordante con el artículo trescientos ochenta y siete del Mismo cuerpo de Leyes(...)".*

De ello se advierte que el Colegiado Superior estaría introduciendo en la tipificación del Ministerio Público una situación no postulada por éste.

SEGUNDO. El segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior del Santa al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, señala como fundamentos que:

i) Uno de los elementos normativos del delito de peculado es la cualidad específica que debe reunir el sujeto activo del delito, orientado a violar sus deberes de función o cargo -especifico o no generales- y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes queda comprendida en la competencia propia de aquel.

ii) El sujeto activo es el único que puede violar un deber especifico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel.

iii) Sobre esa base, el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del consejo Directivo del Proyecto Chinecas, constituye una función genérica, en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de la administración pública), en tanto y en cuanto son los estamentos u órganos de dirección interna o externa quienes han realizado el proceso de elaboración de bases y selección de la empresa ganadora del estudio de pre-inversión, a nivel de perfil del proyecto de adecuación del proyecto original, al esquema reestructurado; en el caso concreto este proceso estuvo a cargo de la OEA.

iv) La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo -función específica-, por tanto el deber de cuidado recae sobre éste, por haber estado dentro de su competencia la administración, custodia o vigilancia de los caudales del proyecto especial.

v) Si bien se le imputa haber faltado a su deber de garante, esta es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilando -directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas -caudales o efectos-; señala que si se sigue esta interpretación también serían responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del proyecto especial a la Región.

vi) Es condición *sine qua non* que el bien público esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública.

vii) La celebración del contrato lo hizo el Gerente General Hugo Hoyos Rubio, lo que hace inviable el título de imputación contra el procesado, pues opera el principio de confianza.

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones al confirmar la resolución del juzgado, sostiene entre sus fundamentos que:

i) De las atribuciones y funciones del Presidente Regional y del Presidente del Consejo Directivo)el Proyecto Especial CHINECAS, se verifica que las atribuciones de fiscalización y supervisión están referidas al normal funcionamiento del Proyecto Especial, únicamente desde una perspectiva administrativa; a fin de poder delimitar su obligación de supervisión de la entidad cuyo consejo directivo preside. Por lo que, no existe norma que otorgue el rol de garante de los intereses patrimoniales de la administración pública.

ii) Se argumenta que el investigado como Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas tenía el deber de garante de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que su conducta es la de peculado por omisión impropia, pero los parámetros normativos del artículo trece del Código Penal deben cumplirse de manera rigurosa para imputar la comisión del ilícito a título de omisión impropia, lo que no se da en el caso.

CUARTO: Que, apreciando ambas resoluciones, el señor juez supremo que suscribe observa, que tanto el Juzgado de Investigación preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, no se han limitado a realizar el juicio de tipicidad de la conducta imputada por el Ministerio Público al investigado Álvarez Aguilar. En efecto, dichas resoluciones en la práctica se han pronunciado sobre el fondo de la imputación, a pesar de que la investigación preparatoria no ha culminado.

QUINTO. A criterio del señor Juez supremo dirimente, una excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho imputado por el Ministerio Público, no se adecúa al tipo penal materia de incriminación; ya sea porque no se

identifica con todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal o con parte de ellos.

SEXTO. Asimismo, con la excepción de improcedencia de acción se pretende demostrar al órgano jurisdiccional que el representante del Ministerio Público ha formalizado investigación preparatoria por un echo atípico; es decir, por un hecho que no está descrito en ningún tipo penal del Código Penal o leyes penales especiales (atipicidad absoluta); o que los hechos imputados no se adecúan o no calzan con los elementos descriptivos o normativos del tipo penal correspondiente (atipicidad relativa).

SEPTIMO. En el caso de autos, el Ministerio Público formalizó investigación preparatoria contra el imputado Álvarez Aguilar, imputándole el delito de Peculado previsto y penado en el artículo 387°, primer párrafo, del Código Penal, cuyo texto señala: *" 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, será reprimido con pena privativa de libertad..."*

OCTAVO. Del texto de la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, se aprecia que los hechos imputados se adecúan a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal antes 'mencionado; es decir, los hechos son típicos y no atípicos conforme lo señalan los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

NOVENO. Cabe mencionar que en' una excepción de improcedencia de acción solo se realiza un juicio de tipicidad, cotejando los hechos imputados con la descripción típica del tipo penal; pero nunca se puede realizar una calificación o valoración sobre la existencia o prueba de alguno de los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, por cuanto para ello precisamente existe la investigación preparatoria.

DECIMO. No obstante ello, tanto el Juzgado de investigación Preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, han valorado hechos y pruebas para concluir que el imputado no puede ser sujeto activo del delito de Peculado, a pesar de que es funcionario público (Presidente el Gobierno Regional de Áncash y Presidente del Consejo Directivo del proyecto Chinecas), bajo el argumento de que no tenía relación funcional con los bienes del Gobierno Regional de Ancash; por lo que se ha desnaturalizado la esencia de un medio de defensa contra la acción penal, como es la excepción de improcedencia de acción.

DECIMO PRIMERO. Se corrobora lo afirmado anteriormente cuando se aprecia de las dos sentencias de instancia que los jueces señalan que el imputado no tenía a su cargo los caudales del Gobierno Regional y que no ha infringido ningún deber, como tampoco ha incurrido en la figura de la omisión impropia, es decir, no tenía la obligación de evitar el resultado porque no tenía la posición de garante (artículo 13° del Código Penal); sin embargo, estos elementos deben ser materia de valoración en la etapa procesal correspondiente, ya sea en un requerimiento de sobreseimiento, una acusación fiscal, sobreseimiento o finalmente en la sentencia que ponga fin a la instancia.

DECIMO SEGUNDO. Siendo ello así, el señor juez supremo que suscribe considera que se debe continuar con la investigación fiscal a fin de reunir todos los elementos de prueba sobre la presunta comisión del delito de peculado y en su oportunidad se calificará si en efecto se ha probado o no dicho delito; sin embargo, no resulta prudente archivar definitivamente la investigación, cuando no se ha agotado la misma, existiendo dentro del proceso otros controles para velar por el principio de legalidad, que tiene íntima vinculación con la excepción de improcedencia de acción ya mencionada.

DECIMO TERCERO. En este sentido, concordando con el voto en minoría, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta; por cuanto la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

DECIMO NOVENO. Conforme con el literal b), del numeral uno, del artículo seis, del Código Procesal Penal, se tiene que la excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Por ello, este medio de defensa técnico comprende dos supuestos; el primero relacionado con todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación, o de la concurrencia de una causa de justificación; y un segundo supuesto que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

VIGÉSIMO. Así, respecto a que el hecho denunciado no constituye delito, se comprende dos extremos: i) Que la conducta no esté prevista como delito en el

ordenamiento vigente (atipicidad absoluta). ii) El hecho descrito no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación, pues la conducta adolece de algún elemento allí exigido (atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta). Por ello, el examen que deberá efectuar el juzgado frente a la formulación de este medio de defensa será siempre y exclusivamente un juicio jurídico de tipicidad, esto es, de compatibilidad entre un hecho planteado y el supuesto normativo de prohibición del contenido en la ley penal.

VIGÉSIMO PRIMERO. Luego de haber establecido los criterios básicos sobre los que se encuentra delimitada la excepción de improcedencia de la acción, se tiene que el Juzgado de Investigación Preparatoria solo debió tomar el marco de imputación planteado por el titular de la acción penal y contrastarla con el tipo penal denunciado en autos; es decir, con el de peculado. De ello se tiene que la imputación contra el procesado ÁLVAREZ AGUILAR gira en torno a la apropiación de caudales del Estado, en su condición de funcionario de máxima jerarquía del Gobierno Regional de Áncash y como presidente del Proyecto Especial Chinecas, en su participación en dicho proyecto; por lo que el juicio de tipicidad se realizó exclusivamente sobre el elemento típico objetivo del sujeto activo de la acción delictiva.

VIGÉSIMO SEGUNDO. No obstante, dicho juicio de tipicidad no resulta, para el caso de autos, de automática ecuación, pues a diferencia de los delitos comunes que tienen conductas desarrolladas por cualquier sujeto activo (homicidio, robo, violación, etc.), en el delito investigado, el sujeto activo debe tener una calidad especial (sujeto cualificado) que lo diferencie del resto de personas, lo que se traduce en ser funcionario o servidor público; adicionalmente, el tipo penal también precisa como un elemento determinante que debe reunir el sujeto activo, que este actúe respecto de los bienes protegidos "por razón de su cargo". Esto quiere decir que no cualquier funcionario o servidor público puede ser imputado por el delito de peculado, pues se debe requerir una especial atribución respecto de los bienes que se habría apropiado (*vinculación especial).*

VIGÉSIMO TERCERO. Así, la cuestión fundamental al momento de imputar a un funcionario o servidor público la comisión del delito de peculado es demostrar si este cuenta o no con atribuciones específicas respecto a los bienes que se le atribuyen apropiados. Esto puede ocasionar dos situaciones: **a)** Cuando la verificación de tales atribuciones específicas resulten obvias o evidentes al juzgador (del contenido de la imputación hecha en su contra) y no dependa de un mayor análisis en su interpretación. **b)** Cuando la verificación de las atribuciones especiales no puede ser corroborada con la sola subsunción típica y requiere de

un análisis preliminar sobre la base de elementos de prueba. Y resulta la última de éstas situaciones la que se ha producido en el presente caso.

VIGÉSIMO CUARTO. Al respecto, se debe recordar lo señalado por el profesor y magistrado César San Martín Castro, quien a pesar de afirmar que "[...] resulta viable la procedencia de la excepción de naturaleza[51] de acción en los supuestos ,delitos de sujetos determinados, en que el sujeto activo del delito solo puede ser una determinada categoría de personas", también precisó cuidadosamente que "[...] solo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito -y los demás supuestos ya abordados- surge con toda evidencia de los términos de la imputación [...]. La Corte Suprema ha establecido que la atipicidad [...] y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia: a) de los términos de la denuncia; b) de lo actuado; o c) cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal"; más aún si se considera que [...] si se ampara la excepción de naturaleza de acción [...] la resolución correspondiente genera los efectos de cosa juzgada material. El juez ha decidido sobre el fondo del asunto y ya no será posible subsanar defecto alguno y proseguir o intentar un nuevo proceso penal" .[52]

VIGÉSIMO QUINTO. Así, la defensa del procesado ÁLVAREZ AGUILAR refiere que no cuenta con facultades especiales para ser responsable del patrimonio del Gobierno Regional de Áncash por la obra del Proyecto Especial Chinecas; por lo que resultaría de automática aplicación su exclusión como sujeto activo de la acción típica, Sin embargo, como se precisó en la formalización de la investigación preparatoria, el procesado no solo tenía la calidad de presidente del Gobierno Regional de Áncash sino, además, la de presidente del Proyecto Especial Chinecas[53]; es decir, desde una perspectiva preliminar, sí presentaría vinculaciones

---

[51] Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales se refería a la presente excepción como de naturaleza de acción, mientras que el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957), lo consignaba como de improcedencia de acción.

[52] César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal.* Tercera edición. Lima: Grijley, 2014, PP. 345-346 y 361-362,

[53] Cuyas atribuciones se encuentran establecidas en el articulo siete, del ecreto Supremo N.° 051-2007, del dieciocho de junio de dos mil siete, dentro de las cuales se resaltan:

a) Representar al Proyecto Especial Chinecas ante las autoridades políticas y entidades públicas y privadas de carácter nacional e internacional, siendo responsable de su gestión.

b) Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo Directivo, de las Directivas del Gobierno Regional y aplicación de las políticas de desarrollo regional en lO que le corresponde.

e) Supervisar la Gestión de la Gerencia General del Proyecto Especial.

d) Disponer, con acuerdo del Consejo Directivo, investigaciones, auditorías e inspecciones.

e) Informar periódicamente al presidente regional sobre la gestión del Consejo Ejecutivo y

específicas con la obra sobre la cual se le imputa apropiación patrimonial; y resultará el objeto de su defensa material establecer que tales vinculaciones no alcanzan a su esfera de decisión o, conforme con lo referido, que actuó bajo el principio de confianza, mientras que el titular de la acción penal sustentará lo contrario.

VIGÉSIMO SEXTO. De ello se desprende que la verificación real del alcance de las funciones genéricas y específicas que tenía el procesado ÁLVAREZ AGUILAR deben ser analizadas al interior del proceso que transite (oportunamente) por todas las etapas que comprenden al proceso común, conforme con el Nuevo Código Procesal Penal, en el que se cuente con un caudal probatorio y debate suficiente que permita a todas las partes procesales ejercer sus derechos garantizados por Ley, tales como el debido proceso, legalidad y tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no resulta de amparo para la vía excepcional en la que actuó el procesado, como lo es la excepción de improcedencia de la acción.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

VIGÉSIMO OCTAVO. Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin[54], su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs[55] y

---

del Funcionamiento del Proyecto Especial,

[54] Claus Roxin. *Autaría y dominio del hecho en Derecho Penal.* Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

[55] Guther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1995,

su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez[56] y Sánchez-Vera Gómez-Trelles[57], se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ALVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

VIGÉSIMO NOVENO. Finalmente, respecto al segundo aspecto que motivó la concesión del recurso de casación, esto es, que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público; se debe precisar que la fundamentación de la apelación del titular de la acción penal, tras la decisión de primera instancia, estuvo orientada a sustentar la vinculación funcional del procesado ALVAREZ AGUILAR en mérito a su especial posición de garante (como presidente del Gobierno Regional de Áncash y presidente del Proyecto Especial Chinecas), sobre el patrimonio de la entidad agraviada. Así, la Sala de Apelaciones interpretó que dicha posición de garante deducida se encontraba referida a los delitos de omisión impropia (por ser uno de sus elementos configurativos) y como tal resolvió su rechazo en sus fundamentos resolutivos. La tipificación señalada por el Ministerio Público en su formalización, refiere a una situación de coautoría y cuando la Sala Superior rechazó la conducta del procesado ÁLVAREZ AGUILAR como coincidente a una acción por omisión impropia, se habría excedido en sus atribuciones al no ser esta una posición o hipótesis formulada por el titular de la acción penal. Sin embargo, el deponente considera que tal situación se debe a un error por interpretación literal de la Sala de Apelaciones, respecto de los argumentos del Fiscal Provincial, pues este hizo referencia a la posición de garantía como término coloquial que afianza el especial

---

[56] Jesús Maria Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Editorial Bosch, 1992.

[57] Javier Sánchez-Vera Gómez-Trenes, *Delito de infracción de deber y participación delictiva.* Madrid: Marcial Pons, 2002.

deber funcional que tiene el acusado ÁLVAREZ AGUILAR, y no como elemento constitutivo de los delitos de omisión impropia. Al respecto, estimo que con la decisión principal que rechaza la excepción de improcedencia de la acción y su consecuente devolución de actuados para la continuación del proceso, queda también resuelto el error incurrido por la Sala Superior; no obstante, se debe recalcar que, en adelante, el titular de la acción penal deberá de ser más cuidadoso y específico con el planteamiento de sus alegaciones y fundamentaciones, para evitar que los órganos jurisdiccionales deban interpretar estos y subrogarlo indebidamente.

126

§126. El sujeto activo en el delito de peculado

Recurso de Nulidad	615-2015- LIMA
Fecha	16 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 34 y 53 del CP.

RESUMEN:

El tipo penal de peculado hace referencia o un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.

FUNDAMENTOS:

[...] En ese sentido, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, por el delito de Peculado, máxime si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar

convicción respecto de su responsabilidad penal, ***ya que no se acreditó la vinculación funcional "por razón de su cargo" del encausado Fujimori Fujimori para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial-, más aún no se evidenció la disposición u orden de pago de los titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori***; por ende, corresponde la aplicación del principio indubio pro reo, consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ello en virtud a la duda razonable generada por las razones ya expuestas; que denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado, en este caso del encausado Fujimori Fujimori, no apreciándose elementos probatorios idóneos que demuestren su responsabilidad penal en el citado delito; más aún si sólo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la convicción sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado conforme se acota al expresar que: " A veces acontece que, pese al máximo esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad o irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicas equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusado (...).

A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: duda positiva, (...) la duda positiva o duda reflexiva que es el fundamento del indubio pro reo." [MIXÁN MÁSS, FLORENCIO – Derecho Procesal Penal y Juicio Oral, Sexta Edición, dos mil tres. Página doscientos cincuenta y cinco]. Por tanto, procede decretarse la obsolución a favor del citado procesado de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales [...].

127

§127. Configuración del delito de Peculado doloso

Recurso de Nulidad	546-2012-LIMA
Fecha	06 de mayo de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Tello Gilardi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° del CP

RESUMEN:

El delito, de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada. Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación. La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público.

FUNDAMENTOS:

§ 6. *Del delito de peculado doloso y de la imputación objetiva y subjetiva.*

VIGÉSIMO QUINTO. Que no está en discusión el desvío de fondos del tesoro público para fines privados. El acto de apropiación del dinero estatal es clarísimo y su destino para cubrir los gastos de la campaña de reelección del presidente candidato Fujimori Fujimori para el período dos mil a dos mil cinco también lo es. En el presente caso, por lo menos, se cuenta con un condenado a título de autor: Vladimiro Montesinos Torres, como consta, por lo menos de dos sentencias [véase fundamento jurídico Vigésimo].

El punto controvertido versa en el momento de la intervención de Raffo Arce y si éste puede tener la calidad de cómplice en primer grado del mencionado delito.

VIGÉSIMO SEXTO. Que el delito de peculado es uno de infracción de deber. El funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública. En el delito de peculado se tutela el patrimonio público en la medida en que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos.

El funcionario o servidor público ha de tener los caudales o efectos a su cargo por razón de sus funciones. Es determinante la detentación material como la jurídica, siempre que sea por razón de sus funciones —función y competencia específicas: los fondos ha de tenerlos bajo su custodia o a su disposición para gestionados—. El peculado por apropiación consiste en la disposición definitiva de los caudales o efectos, en este caso, del dinero público, separándolos de su destino.

El delito de peculado doloso importa, por el agente oficial, el ánimo de apropiación definitiva de los caudales o efectos confiados por razón de su cargo.

La imputación subjetiva, por tanto, tiene como referente ese rol de gestión debida, en este caso, del dinero público, por el funcionario o servidor público competente, a quien, como tal, por los deberes que entraña el ejercicio de su cargo, se le atribuye el conocimiento de esos deberes. Aquí la apropiación definitiva del dinero público se produjo y con obvio conocimiento por el o los funcionarios competentes de la infracción de sus deberes de debida gestión, en cuya virtud se separó el dinero público definitivamente de su destino para caer en manos privadas y financiar, contra toda legalidad, la campaña electoral del presidente candidato.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que la singularidad de este caso es la intermediación del SIN que, por disposición presidencial, era el encargado de recibir y gestionar los fondos que le remitían los Ministerios de Defensa e Interior. El comisionado de administrarlos era el Jefe real del SIN Vladimiro Montesinos Torres, para lo cual se habilitó la Partida Presupuestal "Reserva I" en el SIN. Es de esa partida, donde se consignaban los fondos recibidos por otras instituciones públicas, que salió el dinero que sirvió para financiar la campaña de reelección presidencial dos mil a dos mil cinco y, en lo específico, para pagar las actividades conexas de Raffo Arce.

No cabe duda de la validez material del acto de transferencia de fondos o de dinero público y de, la delegación consiguiente de competencias. Quien delegó tenía a su cargo la. administración de los recursos públicos y cumplió las órdenes del presidente de la República, con conocimiento y obvia coordinación con los Ministros del Sector y máximas autoridades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional —autoridad delegante— [es ilustrativa, al respecto, la pericia ya citada de fojas cinco mil novecientos noventa y ocho]. El SIN, corno consecuencia de ese acto administrativo, más allá de su invalidez formal, pasó a gestionar esos recursos —autoridad delegada—, cuyo jefe o encargado en última instancia —Montesinos Torres—, a sabiendas, los separó definitivamente del ámbito público para trasladarlo ilegalmente a manos privadas.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, a los efectos de la participación de *extraneus* en el delito de peculado y del juicio de imputación, es de rigor puntualizar:

1. El delito, de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada [JOSÉ LEANDRO PESCHIERA: *Autoría y participación: responsabilidad del extraneus en delito especiales propios.* En: La lucha contra la corrupción en el Perú, AA.VV, Grijley, Lima, dos mil doce, página trescientos treinta y ocho].
2. Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación. La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público. Este es el caso de Raffo Arce.
3. El dinero fue entregado por funcionarios o servidores del SIN y en la sede de esa institución pública. Quien lo recibió obviamente sabía su procedencia pública y estaba al tanto de la ilegalidad de la entrega y futura aplicación privada. No existen elementos que nieguen la imputación objetiva ni errores de tal nivel que nieguen la imputación subjetiva, que se sabía que era dinero público destinado ilegalmente a financiar actividades de proselitismo electoral.
4. La complicidad atribuida es primaria o necesaria. La contribución del acusado Raffo Arce se dio en un contexto delictivo. El acto de complicidad se dio durante la ejecución del delito: acto de apropiación que implicaba alejarlo del ámbito de custodia pública para transferirlo al ámbito privado

del cómplice y, de ese modo, disponerlo atentando contra la finalidad estatal de su gestión. Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponda calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria.

§ 7. *De la determinación de la pena.*

VIGÉSIMO NOVENO. Que el tipo legal de peculado doloso simple está conminado con dos penas principales: a) privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; b) inhabilitación de uno a tres años.

A partir de esa pena —marco abstracta debe procederse a determinar si se presentan circunstancias atenuantes genéricas —excepcionales por su propia naturaleza— que permitan imponer una pena por debajo del mínimo legal —eximentes incompletas, tentativa, imputabilidad restringida, error, confesión sincera, complicidad secundaria— o circunstancias agravantes genéricas que alteren el marco penal abstracto —prevalimiento, reincidencia o habitualidad—. En el presente caso no es aplicable ninguna de ellas. Tampoco se está ante un supuesto de concurso de delitos.

En tal virtud, el marco penal abstracto no se modifica en el presente caso.

TRIGÉSIMO. Que sobre esa base penal —primer párrafo del fundamento jurídico precedente— corresponde individualizar judicialmente la pena al imputado Raffo Arce, tomando en cuenta la gravedad del hecho cometido, para lo cual habría de valorarse, en clave de proporcionalidad, muy en especial *(1)* la entidad de la conducta o magnitud o grado de injusto —naturaleza de la acción medios empleados, extensión del daño—, en la que es de rigor incorporar el mayor o menor grado de eficacia del auxilio o asistencia del cómplice; *(ii)* la intensidad de los deberes infringidos —la intensidad del dolo (también comprende la imprudencia., ajena al presente caso), con inclusión de los móviles y fines delictivos— y la culpabilidad individual del imputado —sus características individuales como la edad, educación, situación económica y medio social, así como sus condiciones personales—. Tales referentes fluyen de lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. A partir de estas premisas normativas, se tiene que el imputado Raffo Arce contribuyó decisivamente a la apropiación de seiscientos setenta mil dólares americanos, y en un ámbito de ilicitud manifiesta, amén de alterar conscientemente las reglas de equidad en un proceso electoral

democrático con la desviación para esos fines de dinero del Estado, que fue apartado de sus objetivos presupuestalmente configurados. Los móviles y fines delictivos fueron especialmente reprochables visto el marco de realización de su conducta, y además vulneró la ética de su profesión de publicista al comprometerse y prestar colaboración para fines patentemente ilegales en desmedro del orden democrático.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que desde esta perspectiva la pena de tres años de privación de libertad no resulta proporcional al contenido del injusto y de culpabilidad por, el hecho. Debe aumentarse a cuatro años.

Para estos efectos se tiene en cuenta, como límite necesario, que Raffo Arce como no es titular de los deberes especiales infringidos —sólo residenciado en el funcionario o servidor público, en el cielito de peculado— merece una aminoración de la pena, siempre dentro del marco penal y sin transgredir el mínimo legal.

Como se trata de un agente primario y no se advierten referencias o factores, desde la prevención especial, que permitan concluir que la no impedirá cometer nuevo delito, corresponde insistir en la institución de una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente con las reglas de conducta respectivas, e inhabilitación por el plazo de tres años; con lo demás que al respecto contiene.

128

§128. Estructura típica del delito de peculado culposo

Recurso de nulidad	4500-2005-JUNÍN
Fecha	06 de setiembre de 2007
Procedencia	Junín. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Santos Peña, Rojas Maraví y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

El tipo penal de peculado culposo, es aplicable al sujeto que actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones por falta de control interno, ocasionando así que una tercera persona sustraiga caudales. En este sentido, ***la culpa del autor del delito de peculado se refiere exclusivamente a sustracciones*** *y no al termino impreciso de pérdidas.*

FUNDAMENTOS:

"**4°.** incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer inicialmente puede subsumirse en el tipo penal de **peculado culposo**, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno -que es precisamente lo que se imputa al citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales --en este caso-, es decir; facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal que tipifica: *"Si el agente, por*

culpa, da ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido...". Y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de septiembre del 2005, al señalar los **elementos o componentes típicos** del delito de peculado culposo: *"...Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente, a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que esté obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público".*

129

§129. Diferencia entre los delitos de peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad

Recurso de nulidad	2212-2004-LAMBAYEQUE
Fecha	13 de enero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 391° y 392° del CP.

RESUMEN:

El comportamiento típico del delito de peculado por extensión consiste ***en apropiarse y utilizar los caudales o efectos de propiedad del Estado como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre los mismos****. Por su parte,* ***la acción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad consiste en negarse a entregar*** *-sea explícita o implícitamente- dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Es en este sentido que no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi, sino una* ***voluntad específica de desobedecer a la autoridad,*** *lo que hace imposible la configuración del delito de peculado por medio de dicha conducta.*

FUNDAMENTOS:

"**5°.** Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente

administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado.

6º. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventiuno del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: CREUS, Carlos: *Derecho Penal –Parte Especial.* Tomo dos. Cuarta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993, pp. 307. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. Dos mil tres, página trescientos noventicinco. ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2003, pp. 405).

Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado."

130

§130. Naturaleza jurídica de los viáticos y delito de peculado

Acuerdo Plenario	07-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo especifico se denomina "viático" o "viáticos" y constituye el caudal del erario público que, al ser recibido por el funcionario o servidor público para sus necesidades personales esenciales, y este debe de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión, cuya omisión ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para comer, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente, puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día.

Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad. Antes de imputar la

comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo.

El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en el ámbito de la salud.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

H. Análisis y solución de la controversia

30. El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo especifico se denomina "viático" o "viáticos" y constituye el caudal del erario público que al ser recibido por el funcionario o servidor público para sus necesidades personales esenciales origina en el Perú la obligación contenida en la Ley N.° 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo N.° 007-2013-EF (que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional), de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión, cuya omisión ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

31. La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los "viáticos" como infracción administrativa, como presunto delito de peculado, o ni lo uno ni lo otro. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y merecedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387° del CP, donde el argumento de la "infracción del deber", resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales.

32. Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, costos, tasas, derechos de trámite, etc., en el lugar de destino)

y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus gastos personalísimos en el lugar provisional de destino.

Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente, cada monto pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

33. El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para comer, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente, puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde aclarar que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es absoluta.

34. El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "Ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

35. No se puede asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo no efectuó gastos personales durante su desplazamiento para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas. Se requiere una indagación administrativa eficaz y previa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento de los haberes del comisionado.

36. La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una

comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

37. Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

38. Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar, de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente que le otorguen dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

39. Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes, sino que corresponden a la atención de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral pero además, lejos del medio habitual del desarrollo cotidiano de la vida del desplazado. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

    Por ello vienen a formar parte de las condiciones esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, y al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa

asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada a finalidades de interés público.

Por ello, siendo el deber del funcionario o servidor público de rendir cuenta y de devolver lo no gastado, una exigencia legal en el Perú, el incumplimiento total o parcial no connota el delito de peculado por apropiación.

En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos.

40. Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etc., que está sujeto en el Perú al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

41. A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado y por tanto destinado a cubrir los gastos personales del comisionado (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión en la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o como se realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona.

Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.[58]

CLASIFICADOR DE GASTOS	
VIÁTICOS Y ASIGNACIONES POR COMISION DE SERVICIOS	**SERVICIOS DOMÉSTICOS (ENCARGOS)**
2.3.21.12: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el exterior (alimentación, hospedaje y movilidad). 2.3.21.22: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el interior (alimentación, hospedaje y movilidad).	2.3.27.11 99: Gastos por otros servicios prestados por personas naturales y jurídicas no contemplados en las partidas anteriores[1].

42. La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

43. El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de

---

58 Para el pago de lo que se adquiere o necesita, que puede ser el objeto concreto o el servicio.

los principios de mínimo intervención y fragmentariedad, de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

44. Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total del monto que recibió el comisionado como viáticos. Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó.

D. COHECHO PASIVO PROPIO

131

§131. Elementos configuradores del tipo penal

Recurso de Nulidad	1875-2015- JUNÍN
Fecha	12 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 393º del CP

RESUMEN:

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. La simple irregularidad en el acto funcional o que el funcionario se conocía con la parte interesada no es un indicio que permita inferir el delito; además se requiere otro indicio que permita inferir que la irregularidad en la tramitación por parte del funcionario se deba a la existencia de un donativo, promesa o ventaja.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Que el encausado Espinoza Gómez acota que se le derivó el título número veinticuatro mil novecientos nueve y lo calificó como correspondía; que no encontró en ese título alguna incorrección ni aspectos materia de observación registra), y no se ha explicado tal hecho en los procedimientos administrativo

disciplinarios; que no habló con su coimputado Benavides Bobadilla y que el título le correspondía porque el día en que se le entregó el título tenía habilitado el registro de predios y de personas jurídicas [declaraciones de fojas trescientos setenta y siete, seiscientos catorce y mil ciento setenta y siete].

SEXTO: Que el acusado Aponte Lavando afirma que el dos de setiembre de dos mil ocho presentó la inscripción del título veinticuatro mil novecientos nueve a la SUNARP; que no conoce a su coimputado Espinoza Gómez; que no hizo entrega alguna de dinero a algún servidor o funcionario de Registros Públicos [declaración plenaria de fojas mil ciento ochenta y tres].

SÉPTIMO: Que es evidente, primero, que a la fecha de los hechos no correspondía la calificación del título número veinticuatro mil novecientos nueve al encausado Espinoza Gómez, lo que fluye de la reunión de coordinación del día veintinueve de agosto de dos mil ocho, que da cuenta el Informe de fojas setenta y tres. segundo, que mediante un procedimiento irregular el ex encausado Benavides Bobadilla se reasignó la calificación del referido título al citado procesado Espinoza Gómez, lo que se colige no solo de la propia versión de Benavides Bobadilla sino de las declaraciones del Registrador Farfán Silva y de los servidores Alania Vílchez y Ramos Arteaga [declaraciones sumariales de fojas trescientos sesenta y siete, trescientos sesenta y cinco y trescientos cuarenta y siete]. tercero, que el imputado Espinoza Gómez quiso calificar ese título, para lo cual telefónicamente le pidió a Benavides Bobadilla que se lo reasignase -dato que se desprende no solo de la versión uniforme de este último, quien no tenía motivos para implicarlo gratuitamente, sino de la versión de los otros tres testigos ya mencionados, así como de la declaración del servidor de Informática Fabián Salinas de fojas mil ciento sesenta y cinco-. cuarto, que tal situación no hace sino reflejar, en vía de inferencia razonable, que para que ello ocurra medió algún tipo de vinculación con el beneficiario de la calificación, encausado Aponte Lavanto, tanto más si ésta salió positiva y se efectuó inmediatamente, el mismo día de su entrega, aunque un contraindicio sólido es el mérito del documento de fojas novecientos doce que da cuenta que generalmente el registrador calificaba los títulos de manera inmediata; sin disponer incluso su previa derivación al área de catastro [véase Informe del Jefe de la Unidad Registral de Huancayo de fojas ochocientos noventa y nueve].

OCTAVO: Que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez. Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el

funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [Conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro].

Podrá adecuarse la conducta al tipo legal de abuso de autoridad -ya prescrita en el presente caso-, pero no es de rigor efectuar una determinación alternativa atento a lo anterior y porque no se advierte la presencia de otra figura delictiva homogénea.

NOVENO: Que, en el presente caso, ¿es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Sólo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja?

La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez aducen que no se conocían -lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta-, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, tampoco, los testigos han declarado en ese sentido.

Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable -en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena-, debe dictarse sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales. El recurso defensivo debe estimarse y así se declara.

E. OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES

132

§132. Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público

Recurso de Nulidad	496-2006-AREQUIPA
Fecha	17 de julio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 377° del CP

RESUMEN:

Un efecto de la Policía Nacional del Perú, si bien presenta cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, ***puede ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales****, en tanto cuenta con obligaciones propias que cumplir, como lo son, por ejemplo, el elaborar el atestado policial, comunicar de la detención traer sospechosos o entregar todos los bienes incautados, así como las diligencias realizadas.*

FUNDAMENTOS:

"**5°.** Que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpio Tutti, Cayra Tapia y Mamani Condori no se llevaron a cabo en el presente proceso sino en el proceso por robo agravado -el ya citado proceso dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL-, y en esta causa sólo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa.

Con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales, *si bien existe cierta subordinación* con *relación al representante del ministerio público, también lo es que este como funcionario público* -efectivo de la policía nacional del Perú- *tiene sus propias obligaciones*, como lo es, en el presente caso, elaborar el atestado policial, comunicar de la detención traer sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas; que,

Por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando puesto que si bien se indica "que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento", ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial." (Sic.)

F. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

133

§133. Configuración del delito de Negociación Incompatible: relevancia penal de los hechos imputados. Irregularidades administrativas no son suficientes para configurar delito de Negociación incompatible

Casación	23-2016-ICA
Fecha	16 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 49°, art. 427° del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	4.13°, 4.14°, 4.15°, 4.26°, 4.27°, 4.28°, 4.30° y 4.31°.

RESUMEN:

Los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. En ese sentido, este Tribunal Supremo advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia resulta ficticia, no consideró que los defectos administrativos no configuran por sí solos prueba suficiente para arribar a la responsabilidad penal de los procesados; es decir, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría –pese a los defectos administrativos en la contratación- el referido ilícito.

FUNDAMENTOS:

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

4.1. Contra la sentencia del 18 de noviembre de 2015 -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2016 -fojas mil seiscientos once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por esta Suprema Corte a partir del caso concreto son:

1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación.
2. La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia.
3. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia.
4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.
5. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible.
6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho.
7. El significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia (artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado).
8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.

A. De la admisión de prueba nueva en apelación – criterios

4.2. La Prueba.- La definición que se encuentra de la prueba en la RAE -lenguaje común- es: "razón, argumento, instrumento u otro medio con que te pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo". Esta definición toma dos puntos necesarios de lo que ha de entenderse por prueba al interior del proceso.

El primer punto se encuentra estrechamente ligado a uno de los fines del proceso: el establecimiento de una verdad procesal. Si bien es cierto no es posible una reconstrucción exacta de lo sucedió en el pretérito, es posible aproximarse a la misma mediante la actividad probatoria. Por ende, es n necesario realizar una doble diferencia cuando hablamos del concepto de verdad: la verdad en un sentido natural y la verdad procesal. Ambas tienen una característica en común, que se refieren a hechos sucedidos en el pasado, pero la diferencia está en el nivel de proximidad de dichos hechos. Por un lado, la verdad natural refleja fielmente los hechos sucedidos en el pasado, sin que algún detalle pueda escaparse a ella. Por otro lado, la verdad procesal es el acercamiento al hecho acaecido, el cual -por su complejidad- ya no puede ser totalmente reconstruido, sino que sólo puede producirse una aproximación que intenta ser lo más cercana a él. El proceso no tiene como objeto buscar la verdad natural, pues ello no resulta -al menos según el avance científico actual- posible. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de justicia, entonces sólo se circunscribe a la verdad procesal.

El segundo punto está vinculado a la forma cómo se alcanza la verdad procesal. Dado que nos encontramos frente a sucesos pasados y sobre los cuales el Juzgador carece de conocimiento alguno, es necesario acudir a un medio para que él pueda reconstruir el suceso histórico. Ese mecanismo es la actividad probatoria, pue mediante la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes el juez puede reconstruir hechos ya acaecidos.

4.3. La doctrina realiza una definición más extensa del tema. Así, Mixán Mass señala que:

"La prueba consiste en una actividad cognoscitiva, metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionamiento con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercido correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal".

4.4 El derecho a la prueba. - En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia (...)".

4.5. Asimismo, se entiende que:

"(...) el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos".

4.6. Sin embargo, no podemos olvidar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. A lo largo del Código Procesal Penal, podemos encontrar una serie de restricciones a este derecho fundamental, las cuales tienen diversos fundamentos.

En lo referente, a la admisión de pruebas en segunda instancia, la disposición legal pertinente es el artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala:

> *(...) 2. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:*
>
> *a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;*
>
> *b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,*
>
> *c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. (...)"*

4.7. Los límites que se precisan en el artículo precedente buscan evitar que las partes abusen del derecho, e interpongan -maliciosamente- medios probatorios en segunda instancia que no puedan ser contradichos. Asimismo, si bien se permite la interposición de medios probatorios ya propuestos que pudieron ser denegados indebidamente, ello se condiciona a la existencia de una reserva. Se entiende que, en tanto exista una reserva, se garantiza el interés que se tiene sobre determinado

medio probatorio y su importancia en el caso concreto. Y, por último, la norma procesal busca subsanar la omisión de actuación de prueba que no le es Imputable al recurrente; ello en virtud del respeto al derecho de prueba del que éste goza (derecho a que se actúen las pruebas).

4.8. Con los conceptos previos referidos a la prueba y su rango constitucional, cabe preguntarnos si, en efecto, el cumplimiento del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal debe ser irrestricto; o si, por el contrario, merece una interpretación constitucional, que permitiría -según el caso- la flexibilización de la regla, a fin de admitir pruebas legales y pertinentes al proceso. Previo a resolver la interrogante planteada, cabe precisar que, ya en otras oportunidades, esta Suprema Corte ha mantenido una posición abierta respecto a superar formalidades que exige la ley en pos de una interpretación constitucional de la norma procesal para una mejor resolución -siempre respetando los derechos de las partes. Así, en la Sentencia de Casación N° 07-2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en su fundamento jurídico sexto, indicó que:

"La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes".

4.9. Sobre la base de las consideraciones pertinentes, corresponde a este Supremo Tribunal fijar una posición sobre si es o no posible la admisión de prueba -fuera de los supuestos antes mencionados- en segunda instancia.

Con respecto al supuesto del literal "a", del inciso 2 del artículo 422° del Código Penal, podemos observar que el mismo prevé la clásica excepción al principio de preclusión procesal: la existencia de una prueba nueva, que se configura como aquella que la etapa procesal precluyera, no existía o las partes no tuvieron conocimiento de su existencia. Así, la prueba nueva es la excepción, por excelencia, a las reglas de temporalidad de la admisión de un medio probatorio.

4.10. Respecto a la prohibición de admisión de medios probatorios que fueron indebidamente denegados, sin que exista una reserva formulada, este Tribunal Supremo considera que -igual que en el punto precedente- este artículo es ya una excepción en sí misma.

El supuesto establecido en la norma procesal es que existen medios probatorios indebidamente denegados. Ergo, es la misma norma, la que establece que existió una posibilidad de error por parte del Juzgador de primera instancia en denegar dichos medios. Por ende, para evitar una situación en la cual la verdad procesal no sea debidamente alcanzada, se prevé como salida procesal que el error del Juzgador de primera instancia sea subsanado.

4.11. Por último, es necesario abordar la causal referida a la admisión de medios probatorios no actuados por causas no imputables al recurrente. Constituye también una excepción a la preclusión de la admisión de la prueba.

En este caso, si fue el propio recurrente quien impidió o generó que dicho medical probatorio no se actúe, resulta claro que la consecuencia será la imposibilidad de que se produzca en segunda instancia. Sin embargo, aun en este supuesto es posible que el medio probatorio se actué nuevamente, considerando la prevalencia de la obtención de la verdad procesal; no obstante, la actuación se encuentra supeditada a situaciones mucho más restrictivas, como es el caso de una defensa técnica negligente.

4.12. Analizando el caso concreto, el Juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento, que el Gobierno Regional no debió declarar la situación de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del Testigo Experto Víctor Villanueva Sandoval, quien -como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales)- consideró que no existía una situación de Emergencia -conforme a lo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado-, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia, lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del SINAGERD de la región de Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del SINAGERD, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones mediante la Resolución N°32 no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto, pues

es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD -órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la ley N° 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era "Señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no debería n de ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente- para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles ^como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son sólo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación—interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Avala Hinostroza).

B. Criterios de admisión de prueba producida en juicio en el procedimiento de apelación de sentencia

4.17. Respecto a la prueba en segunda instancia en el inciso 5 del artículo 422° del Código Procesal Penal, prevé que:

"También serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta de juicio".

4.18. De la norma previamente citada se puede advertir que nuestro legislador sólo ha previsto la actuación de ciertas pruebas -de primera instancia- a nivel de segunda. Uno de esos medios de prueba son las declaraciones testimoniales, cuya necesidad se sustenta en dos exigencias: inmediación, entendida como la vinculación entre el Juzgador y el órgano de prueba, y de contradicción, sometimiento a un test de credibilidad por las partes.

Así, la citada norma se refiere a los testigos, precisando que también sean los agraviados; ello en razón al principio de inmediación y contradicción. Sin embargo, no se regula esta admisión en segunda instancia para pruebas de carácter pericial o documental, entendiendo que dichos medios probatorios pueden ser valoradas nuevamente por el Juzgador de segunda instancia, sin vulnerar el principio de inmediación.

El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que:

"La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental, (...)".

4.19. Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite firmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial -conforme al inciso 2 del artículo 425° del CPP-; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181 del CPP un examen o interrogatorio al perito, con la finalidad de obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos, y la conclusión que se sostiene. El examen o interrogatorio del perito, será de mayor necesidad si a nivel de segunda instancia se presenta un medio probatorio -nuevo- que contradiga el peritaje realizado en primera instancia.

4.20. En consideración a lo señalado, se puede advertir que, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, rechazó el pedido de la defensa de interrogar

a los peritos presentados en primera instancia por el Ministerio Público (Examen Pericial N° 05-2012-2-5335, y el informe pericial del ingeniera del 30 de enero de 2013), al considerar que los citados exámenes periciales no adolecían de sensibles defectos legales o déficits de información que impidan el esclarecimiento de los hechos objeto de debate. Este Supremo Tribunal advierte que lo señalado por la Sala Penal de Apelaciones, en dicho extremo es correcto, en la medida que a su consideración no necesitaban del interrogatorio al perito, por tener claro el informe pericial, siendo éste suficiente, pues no existía medio probatorio -nuevo- que lo desacreditará a punto de que se necesite de una mejor explicación por parte del perito especialista.

Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundado.

C. El método necesario de valoración de la prueba para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia

4.21. La resolución del presente tema amerita contar con ciertos conceptos del ámbito procesal, como son el objeto de prueba, y el medio de prueba. Como se desarrollará a continuación, en principio, el objeto de prueba definirá el medio de prueba idóneo a utilizar, y de este último dependerá la valoración probatoria a realizar.

4.22. El objeto de prueba.- Conforme lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 156: "Son (...) los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito."

4.23. El medio probatorio.- Como ya se señaló, el objeto de prueba es todo aquel hecho y/o realidad susceptible de ser probado. En ese sentido, el medio probatorio es todo aquello que sirve para probar determinado hecho -objeto de prueba-. Así, respecto a los medios probatorios nuestro Código Procesal Penal señala en su artículo 157°, lo siguiente:

> "1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos."

4.24. El medio probatorio que se utilice para demostrar la configuración de determinado hecho necesario en juicio dependerá directamente del hecho a probar -objeto de prueba-. Lo señalado permitirá la buscar la idoneidad del medio probatorio que generará el escenario perfecto para una correcta valoración probatoria. Citado lo anterior, se puede afirmar que ante hechos complejos que se planteen demostrar en juicio, será de aplicar necesariamente el medio probatorio denominado pericia. Así, el Código Procesal Penal en su artículo 172, establece que: "La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica artística o de experiencia calificada."

4.25. En ese sentido, si se pretende demostrar un desbalance patrimonial, más allá de las afirmaciones vertidas por testigos, se requerirá una pericia contable, que en efecto determine el citado desbalance. Asimismo, si hablamos de delitos contra el medio ambiente, en donde se aduzca contaminación sonora, se requerirá una pericia especializada que demuestre que los índices acústicos de determinada zona superan el límite legalmente permitido. Como se aprecia las situaciones planteadas son complejas, requieren conocimientos especializados, y en más de una ocasión nos remite a normativa sumamente detallada -que suele ser ignorada-.

Diariamente se observa que el Derecho Penal se encuentra más involucrado con otras ramas del derecho -ambiental, corporativo, minero, administrativo, entre otros-. Cada una cuenta con normativa e instituciones especializadas, las cuales deben ser de conocimiento del Juzgador, en el extremo que se relacionen con la actividad delictiva. Sin embargo, debido a la sobreabundancia normativa y a la alta especialización, es necesario contar con una opinión jurídica técnica que proponga sólidos criterios de interpretación de la normativa extrapenal.

4.26. En el caso concreto, se ha de determinar la definición de grave peligro, en un contexto específico de declaración de situación de emergencia. Es preciso señalar el contexto en el que se habla de determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se

advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida como:

> *"Artículo 22.- Situación de emergencia.-*
>
> *Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastrófi cos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.*
>
> *En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley.*
>
> *El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.*
>
> *El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley."*

En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que:

> "Artículo 128.- Situación de Emergencia
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.
>
> Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10)

días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

4.27. Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia, no se define, ni precisa qué se debe entender por grave peligro, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un grave peligro que pueda generar una situación de emergencia.

4.28. El artículo 1 de la Ley Nª29664 -"Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres"-, publicado el 19 de febrero de 2011, establece lo siguiente:

"(Se crea) el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres."

Teniendo dentro de sus objetivos principales:

"a) La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres." (Véase artículo 8 de la citada Ley)

4.29. Asimismo, es importante advertir que conforme el artículo 3 de la citada Ley:

"La Gestión del Riesgo de Desastres está basada en la investigación científica y de registro de informaciones, y orienta las políticas, estrategias y acciones en todos los niveles de gobierno y de la sociedad con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado."

En ese sentido, dependiendo del riesgo que se busque determinar, el proceso de investigación de nivel científico estará a cargo de instituciones especializadas, como son el Instituto Geofísico del Perú, el Instituto Geológico Minero (INGEMET), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), entre otros.

4.30. El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI)6 , es la institución encargada de determinar el riesgo –nivel- de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave –que generará una situación de emergencia-; asimismo, lo señala este organismo en repetidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión Nª 084-2014/DTN, que, en su fundamento Nº2.1.1, señala que:

"En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Supervisor no puede determinar si una situación en específico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j) del artículo 58 de la Ley."

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de peligro grave a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia –SINAGERD, entre otras- que no involucra a organismos consultores –de opinión- como el OSCE cuya especialidad es otra – Normativa referida a la contratación del Estado-. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierta que ello no depende de un criterio jurídico, sino -ante todo- técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como

el SENAMHI. Si ellas determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32. Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región de Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N°012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta, y Vilcashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N°016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas, y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N°047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones [conforme se advierte del informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias –véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N°007-2012-INDECI/11.0, obrante a fojas tres mil trescientos cuarenta y cinco-]. Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confi rman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo, interpuestos por los recurrentes Oscorima Nuñez,

Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De la Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar.

D. El Rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero

4.34. Previo análisis de la cuestión planteada, amerita citar la regulación normativa referida al tipo penal de análisis: negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que señala:

> *"Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo*
>
> *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa""*

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación -es un tipo penal general, de amplio espectro- que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación

funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

"(...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (...) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado."

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos –en aplicación del principio de legalidad-, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al momento de los hechos-, precisa que "En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares."; en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala, "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)"

4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero –que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado –de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrentes (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

E. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N°841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, "El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario".

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43. De la revisión de autos -véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- no se advierte una motivación suficiente que sustente -más allá de toda duda razonable- la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto

de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados –tercero-; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, fundado los recursos de casación interpuestos por Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

F. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública

4.44. La atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción.

A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y, por tanto, la hace responsable de dicha acción. Para ello, la teoría de la imputación objetiva tiene cuatro instituciones, que sirven a dicho fin:

1) el riego permitido,
2) el principio de confianza,
3) la prohibición de regreso, y
4) la imputación de a la víctima.

A continuación, para efectos de desarrollar el presente punto del recurso de casación, nos centraremos en analizar puntualmente lo que se entiende por principio de confianza y sus alcances, en el marco de estructuras organizadas de la administración pública.

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día

a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización.

4.46. Las organizaciones (públicas o privadas), como por ejemplo: las Municipalidades, Clínicas, Hospitales, entre otros, son estructuras en las cuales se manifiesta un alto nivel de organización, para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante. Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcionarial con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, sólo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcionarial por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder por las consecuencias del ejercicio de las funciones que pertenecen a la esfera de competencia de terceros. Mejor dicho, solamente se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF. Al respecto, Reyes Alvarado refiere que en las organizaciones "Las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros harán asimismo con las labores inherentes a sus cargos".

4.47. La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero, y con ello se afecta un bien jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica -en el caso concreto- que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites, por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcionarial no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante10 que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados.

4.48. Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo, que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo. Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias.

Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobre todo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa, sin más fundamento, en que, por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva. Precisamente contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, máxime cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcionarial de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de desconfiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcionarial.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta Suprema Corte, mediante el R.N. N° 449-2009/Lima, emitida el nueve de julio de dos mil nueve.

4.49. Centrándonos en el análisis del caso concreto, en base a los conceptos jurídicos previos, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿El principio de confianza permite excluir de responsabilidad penal al **1)** Presidente regional de Ayacucho,

2) Gerente General, 3) Jefe de abastecimiento, y demás Consejeros Regionales? Para poder dar una respuesta, resulta necesario establecer la participación que se imputa a cada uno de los citados involucrados, en el delito de negociación incompatible.

Asimismo, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional de mérito hizo un adecuado análisis de la delimitación del ámbito de funciones que cumplían los antes señalados funcionarios, para lo cual debió basarse en el MOF y en el ROF de la citada entidad. Permitiéndonos ello verificar si los recurrentes, en sus diversos roles dentro de la organización, actuaron dentro de su rol jurídicamente establecido, en base al principio de confianza.

4.50. Se advierte conforme la acusación fiscal que la primera infracción que generaría la configuración del delito de negociación incompatible, sería la declaratoria de la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho, que la Sala Penal de Apelaciones estimó como falsa. En los hechos probados se tiene que la declaratoria de la citada situación emergencia del sistema vial, fue solicitada por la Gerencia de infraestructura al Gerente Regional, para lo cual se amparó en un informe técnico y jurídico. A su vez, el Gerente General trasladó dicho pedido al órgano competente para aprobarlo: el Consejo Regional de Ayacucho. Conforme lo establecido en el art. 37, numeral a, y el art. 39 de la Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), el acuerdo regional fue adoptado y el Consejo Regional emitió el Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR. En dicho acuerdo, el Consejo Regional ampara la solicitud de la Gerencia Regional y acuerda declarar la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho. Finalmente, es el Consejo Regional, como consta en el acuerdo regional antes mencionado, quien dispone la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones y adquisiciones para afrontar la situación de emergencia previamente declarada.

Una vez que el acuerdo es adoptado, sólo corresponde que el órgano ejecutivo del Gobierno Regional cumpla el mismo, pues se encuentra vinculado a dicho mandato. Así, tanto el Presidente Regional, como el Gerente Regional y demás funcionarios integrantes del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, se encontraron en la obligación de adoptar las acciones destinadas a cumplir dicho acuerdo. Finalmente, es necesario destacar que ello no significa dar una carta abierta a los funcionarios del ejecutivo, pues sus actos son fiscalizados directamente por el Consejo Regional, quien -conforme también se dispuso en la mencionada resolución- conformó una comisión de fiscalización de las decisiones adoptadas por el ejecutivo.

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante resolución ejecutiva regional 1409-2011-GRAPRES, el Presidente Regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el pedido, los cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones no señala que el Presidente Regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que supone que esté tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto, es decir si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que lo señalado resulta erróneo. La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente Regional y los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el Presidente Regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.

4.51. Por otro lado, tenemos que una vez declarada la situación de emergencia, se continuó con el proceso de contratación de carácter excepcional, en el cual el Presidente Regional no intervino, pues correspondía a otros órganos de la entidad su realización (Gerente General, el Jefe de abastecimiento, entre otros). Sin embargo, conforme la acusación fiscal, el Presidente Regional vuelve a intervenir –a su entender de manera delictiva- al hacer caso omiso al oficio emitido por la OSCE -N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, donde se recomendaba que si deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado por no existir tal situación de emergencia; y a las observaciones planteadas por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración.

Al respecto, de la revisión de autos, esta Suprema Sala puede advertir que si bien el Presidente Regional continuó con un proceso observado, fue en razón a que levantó dichas observaciones mediante un recurso de reconsideración con fecha 5 de enero de 2012 contra el oficio emitido por el OSCE, que contaba con sustento técnico y legal -realizado por las áreas correspondientes-; y si bien la OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA del 19 de enero de 2012 comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones, sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia -pues las necesidades de las zonas afectadas se mantenían y más bien reclamaban la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención del peligro grave generador del estado de emergencia- ni del proceso administrativo correspondiente. En tanto, a consideración del procesado, se consideró que la OSCE no era el organismo competente que determinara una situación de emergencia, más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.

Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el Presidente Regional habría actuado en base al principio de confianza, sustentando su posición en argumentos elaborados por áreas especializadas de la entidad.

4.52. Como se puede advertir, el punto específico de análisis es determinar si el Presidente Regional, el Gerente General, Jefe de Abastecimiento, y los Consejeros actuaron bajo el principio de confianza; o, si ellos tenían la obligación de verificar la correcta elaboración de los informes técnicos que sustentaron la idoneidad de la situación de emergencia y, por ende, desconfiar de los informes técnicos emitidos por los especialistas en prevención de riesgos.

No se puede afirmar que únicamente el estatus de Presidente Regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquélla que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del Presidente Regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas -por ejemplo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como inmediato superior al Gerente Regional. A su vez, éste tampoco es la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el

despliegue de funciones, se puede afirmar que en el caso concreto los informes -técnicos y legales- que arriben al Presidente Regional, al Gerente Regional y a los Consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.

4.53. En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al Presidente Regional, rechaza la falta de imputación objetiva -principio de confianza-, por considerar que en el caso concreto el Presidente Regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.

Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del Gerente General, como el caso de los Consejeros Regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el Gerente General tiene un ámbito de competencias vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los Consejeros Regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe -al igual que la función legislativa- a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a éste se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas.

Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en fundado, debiendo aplicarse el principio de confianza, y -por tanto- declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

G. *El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia*

4.54. Para el desarrollo del presente tema, resulta necesario remitirnos al artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento de los hechos, que para el presente caso fija la regla de la regularización de los defectos administrativos en los casos de situaciones de emergencia:

"Formalidades de las contrataciones exoneradas:

Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20 de la presente norma. Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia."

A este respecto es oportuno también considerar la sentencia de Casación N°841-2015/Ayacucho, en la cual este Supremo Tribunal sienta como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

"Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones con el Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contrataciones como la única que admite la regularización

administrativa. Estos efectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal."

4.55. En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es falsa; así cita, demás defectos administrativos en el proceso de exoneración y contratación de maquinaría que demostrarían la configuración del ilícito.

Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación.

Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.

En ese sentido, esta Suprema Corte puede advertir que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia era ficticia, no consideró que los defectos administrativos que señala -fuera de la declaratoria de emergencia- son defectos que no configuran por sí solos prueba suficiente del delito de negociación incompatible. Entonces, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría –pese a defectos administrativos en la contratación-, el delito imputado; por tales razones este extremo del recurso interpuesto por los procesados Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales es fundado.

H. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal

4.56. Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: 1) el dolo, y 2) el elemento de trascendencia interna -debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se

refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado -artículo 399 del Código Penal- es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público -sujeto activo- portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente -con conocimiento- ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

4.57. De la autoría y participación.- Conforme a nuestra jurisprudencia (a nivel judicial y constitucional), nuestro sistema penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo. Así, por ejemplo, contamos con la sentencia N°1805- 2005-HC/TC-Lima, caso Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, emitida por el Tribunal Constitucional donde se tomó una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, a partir de la teoría del dominio del hecho.

4.58. Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe -pese a no tener control del hecho- reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: 1) la autoría y 2) la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

Entonces, la complicidad es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo.

4.59. Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad, y no

cabe hablar de participación -jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico-. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

4.60. En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible -delito de comisión exclusivamente doloso- en principio admite participación, la cual para ser considerada tal -conforme nuestro ordenamiento jurídico- es necesariamente de carácter doloso. Es decir, los intervinientes considerados como cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero. El concepto de dolo que se considera a efectos de demostrar la imputación subjetiva -sea del autor o cómplice- es uno de carácter normativo; es decir, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito, si contribuía o no a la comisión de un ilícito.

4.61. En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales, se sustentó considerando que su participación el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerandos precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los términos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte a, casualmente, permitió celebrar los procesos de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR.

Sin embargo, antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza.

Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo. Por las razones referidas, el presente extremo del recurso de casación es declarado infundado en lo presentado por Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales.

Cabe precisar que los procesados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales interpusieron sus respectivos recursos de casación [como se señala precedentemente], de modo que al indicarse que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza; por ello, se debe confirmar la decisión emitida en primera instancia, en dicho extremo.

134

§134. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Casación	841-2015-AYACUCHO
Fecha	24 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Josué Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 399° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° al 23°, y 34° al 37°

RESUMEN:

Con relación al primer elemento típico, El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público, el elemento central es el interés, siendo posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido.

El Segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

FUNDAMENTOS:

VI. LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

TRIGÉSIMO CUARTO: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: **A.** El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. **B.** Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

TRIGÉSIMO QUINTO: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

TRIGÉSIMO SEXTO: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta

típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

135

§135. Bien jurídico protegido en el tipo penal del delito de Negociación incompatible

Recurso de Nulidad	677-2016-LIMA
Fecha	17 de mayo del 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Calderón Castillo, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 399º del CP

RESUMEN:

En los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de negociación incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado.

FUNDAMENTOS:

6.5. Al respecto, es de partir por considerar que en los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma. Se la protege a la administración pública no como objeto en sí, como estructura, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes, de servicio público y resolución de problemas colectivos. Para ello debe contar con recursos que no se circunscriben a los recursos presupuestales o a la disposición de sus bienes

o caudales. Comprende también a la organización, los recursos humanos, la asignación de funciones, la disponibilidad de tiempo para el cumplimiento de su misión, la funcionalidad de su estructura. En este contexto, se entiende que el bien jurídico tutelado tiene un objeto general de protección relacionado con el correcto funcionamiento de la administración pública, como consecuencia de la distribución eficiente y efectiva de sus recursos, para el cumplimiento de sus objetivos estratégicos. Pero, esta primera aproximación resultaría insuficiente para comprender el sentido de la norma constitucional que centra la atención en uno de ellos (el patrimonio estatal). Por tanto, se ha de asumir que en realidad el bien jurídico general, en estos delitos tiene objetos jurídicos específicos de protección, según el contenido de cada tipo penal y de la norma penal que le es subyacente. Además es necesario relacionar el sentido de la protección penal específica (ámbito de protección de la norma penal) con lo que expresó el legislador constituyente cuando menciona que el delito cometido por el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio del Estado.

6.6. En el caso del tipo penal de negociación incompatible partimos que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso. Ciertamente, en nuestro ordenamiento legal, dentro del catálogo de delitos que el Código Penal acoge, el Capítulo II del Título VIII tipifica a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo, no todos los que conforman este grupo, dentro de su estructura típica, tienen un contenido de afectación al patrimonio público y por tanto, no a todos estos delitos se ha de aplicar la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal. Este criterio ha sido fijado en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-l 16, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, en cuyo fundamento decimo cuarto, se ha señalado: "Es de *resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el* presupuesto *establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos* tutelados *vinculados* directamente con et *patrimonio público o sólo afectan el correcta funcionamiento de la* Administración *Pública propiamente dicha,* vulnerando el *ejercicio de* funciones y servicios públicos *bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de ios* deberes del *cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el* prestigio y *dignidad de la función,* la *imparcialidad* en el desenvolvimiento *decisional, y otros,* desvinculados totalmente de la *afectación del patrimonio del Estado* coma tal y excluidos". Ello es así, pues la administración pública cumple con sus objetivos estratégicos, en el desarrollo de las políticas públicas mediante el adecuado funcionamiento de sus recursos, cuyos componentes Tío solo se circunscriben a

su patrimonio, sino también a los recursos humanos con fundones delimitadas, la organización, el tiempo y la existencia de una estructura determinada, Ello explica que la existencia de una vulneración de un interés patrimonial no esté presente en delitos como corrupción de funcionarios.

5.7. *En tal sentido, tenemos que el tipo penal de Negociación Incompatible tiene como supuesto de hecho el siguiente tenor:* "El funcionario *servidor* público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se *interesa, en* provecho propio *o de* tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene *por razón de su cargo de tal descripción típica, podemos* rescatar que el verbo rector es "interesarse"; esto es, poner una especial atención en el contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno. Por tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada. Lo que en buena cuenta significa que el contenido de injusto del interés del funcionario se circunscribe a la desviación de poder del mismo, para favorecerse o favorecer a tercero, con su gestión oficiosa o Irregular, en cualquier contrato u operación en la que ha de intervenir por razón de su cargo. Nótese que el objeto de reproche recae sobre ese interés que muestra el agente. El contenido extra patrimonial de la conducta típica se corrobora aún más con la determinación de la consumación en dicho ilícito y que se configura con el solo hecho de interesarse indebidamente, siendo el provecho propio o de tercero un elemento colateral. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar ei cargo en provecho propio o de tercero, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumar el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto al contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

5.8. Por otro lado, también se ha argumentado que el ataque al erario nacional se evidencio al no seleccionarse a una empresa solvente que cumplía con (os requisitos establecidos en las bases y al frustrarse las '-inversiones, las que estimadas por los propios acusados, estos bordean los cincuenta millones de dólares por lote. Esta línea argumental, carece manifiestamente de sustento de

cara al delito materia de análisis, en tanto el hecho de que se haya seleccionado o no a una empresa para la exploración de los lotes petroleros, no es constitutivo, *per se,* del delito de negociación incompatible, pues como lo hemos mencionado, este delito sanciona el interés del funcionario público en los contratos u operaciones que lleve a cabo la entidad pública. En todo caso, este razonamiento hecho por el recurrente se adecúa más a un delito similar pero de contenido patrimonial más claro como es la colusión agravada.

5.9. Consecuentemente, advirtiéndose que el carácter delictivo del delito de Negociación Incompatible no es de índole patrimonial en perjuicio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80° del Código Penal, cuya aplicación sólo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducía atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este; por lo que la declaración de prescripción de la acción penal, es una decisión fundada en derecho,

G. PREVARICATO

136

§136. Delito de prevaricato y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Recurso de nulidad	273-2018-HUÁNUCO
Fecha	30 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 418 del CP

RESUMEN:

El principio de la unidad de leyes aplicables -ya fuese la ley precedente, la subsecuente, o la intermedia,- es sustituido por el ***principio de combinación****, que prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Con ello no se está creando una tercera Ley o Lex tertia, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad, sino que –por lo contrario- concuerda con el principio de necesidad de la intervención penal.*

FUNDAMENTOS:

TERCERO. EXAMEN JURISDICCIONAL DE AGRAVIOS

3.1. Del contenido de la acusación y de los previos pronunciamientos jurisdiccionales de fondo, se desprende que la modalidad de prevaricato materia de incriminación es la referida al prevaricato judicial de derecho,

el cual se configura cuando un Juez dicta una resolución manifiestamente contraria al texto claro y expreso de la ley.

3.2. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricato radica en la legalidad en el cumplimiento de los actos funcionales referidos a la administración de justicia. En el prevaricato judicial, lo tutelado puntualmente hace referencia a la función estrictamente de los Jueces. No obstante, conviene precisar que no se sanciona cualquier forma de ataque a dicho bien jurídico, sino solo aquella cuyo alcance se encuentre determinado por el tipo penal, por lo que es de afirmar que, en tanto que los Jueces pueden responder por sus actos funcionales también en la vía civil o disciplinaria, lo que se castiga en la vía penal son los incumplimientos más graves de los deberes jurisdiccionales.

3.3. Del diseño de la modalidad delictiva de prevaricato sub examine se tiene que, para su configuración, un primer presupuesto objetivo de tipicidad, de ineludible verificación, radica en la preexistencia de un claro y expreso texto normativo legal, para lo cual resulta adecuado considerar el criterio de la evidencia. Si en el caso concreto, prima facie, se advierte que el texto normativo admite diversas interpretaciones, no podría configurarse el delito.

3.4. Otra fundamental exigencia del tipo consiste en que la resolución que el Juez emite no solo debe inobservar un claro y expreso texto normativo legal, sino también debe, sin más, oponerse o negar la aplicación de dicha normatividad al caso que resuelve, lo cual debe ser notorio. A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se ha señalado incluso que la resolución judicial debe ser de alcance e interés jurídico importante en los derechos subjetivos de los justiciables.

3.5. Si para el respectivo pronunciamiento el Juez se apartara de la precisa y diáfana norma legal, y dejase constancia, en su resolución, puntualmente, de las razones de tal decisión, tampoco podría configurarse el delito, tanto más si el texto normativo en cuestión admite más de un sentido interpretativo. En todo caso, para la subsanación de los meros defectos de motivación, el sistema jurídico prevé la regulación de medios impugnatorios, con los cuales se propende a minimizar o corregir los eventuales errores judiciales.

3.6. En el presente caso, en primer lugar, para efectos de un adecuado esclarecimiento fáctico, conviene referir, ante todo y a manera de antecedente, que el Consejo Nacional de la Magistratura, mediante Resolución número cero cuarenta y cinco dos mil cinco-PCNM, del tres de octubre de dos mil cinco, publicada en el diario oficial El Peruano el

dieciocho de noviembre del mismo año (fojas cuatrocientos veintiséis vuelta a cuatrocientos veintinueve vuelta), decidió dar por concluido el proceso disciplinario seguido contra los Jueces Supremos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Orlando Miraval Flores, José Vicente Loza Zea, Víctor Segundo Roca Vargas y Manuel León Quintanilla Chacón, imponerles la sanción de destitución y disponer la cancelación de los títulos y todo otro nombramiento que les hubiere otorgado (artículos uno y dos de la resolución).

3.7. Del mismo modo, mediante Resolución número cero cero dos-dos mil cinco-PCNM, del once de noviembre de dos mil cinco, publicada en el diario oficial El Peruano el dieciocho de noviembre de dos mil cinco, el Consejo Nacional de la Magistratura decidió declarar infundados los pedidos de caducidad deducidos, los pedidos de nulidad interpuestos y declarar infundados los recursos de reconsideración interpuestos por los magistrados destituidos (artículos uno, tres y cuatro de la resolución).

3.8. Contra dichas decisiones, Vicente Rodolfo Walde Jáuregui interpuso demanda de amparo, la cual, finalmente, fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis, en la cual se determinó que la resolución que le impuso la sanción de destitución no fue debidamente motivada.

Se resolvió específicamente lo siguiente:

1. Declarar fundada la demanda; en consecuencia: a) nulos e inaplicables al caso del recurrente los artículos 1° y 2° de la Resolución N.° 045-2005-PCNM, de fecha 3 de octubre de 2005, y b) nulos e inaplicables al caso del recurrente los artículos 1°, 3° y 4° de la Resolución N.° 051-2005-PCNM, de fecha 11 de noviembre de 2005, sin que ello implique la reposición del demandante en el cargo de vocal supremo.
2. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que dicte una nueva resolución, debidamente motivada.

3.9. Conviene precisar que en la referida sentencia del Tribunal Constitucional, el magistrado Vergara Gotelli emitió un voto singular, en el cual, entre otras consideraciones, señaló: "No hay justificación para que, declarada

la nulidad, se restrinja la vuelta del Juez Supremo a su puesto de trabajo, consecuencia inmediata e insoslayable a la decisión de este Colegiado".

3.10. En dicho escenario, Orlando Miraval Flores –destituido por el Consejo Nacional de Magistratura, al igual que Walde Jáuregui, con base en hechos semejantes– interpuso demanda de amparo –fojas dieciséis a sesenta y nueve– y solicitó que se le inapliquen las mencionadas resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y se ordene que se le reponga en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que venía ejerciendo –conformó la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema como Juez Supremo provisional–.

3.11. La demanda de amparo fue conocida por el encausado Loli Rodríguez, quien, en su condición de Juez Titular del Segundo Juzgado Mixto de Huánuco: i) admitió la demanda a trámite mediante resolución del doce de diciembre de dos mil cinco (fojas doscientos sesenta y siete a doscientos sesenta y ocho); ii) admitió la medida cautelar y ordenó, preventivamente, que se reponga al demandante en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante resolución del tres de noviembre de dos mil seis (fojas noventa y cuatro a noventa y nueve); y iii) declaró fundada la demanda interpuesta y, en consecuencia, inaplicables para el demandante las resoluciones cuestionadas del Consejo Nacional de la Magistratura; asimismo, dispuso que se le reponga en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que venía ejerciendo hasta antes de su destitución.

3.12. De la sentencia emitida por el Juzgado Superior de Instrucción (fojas mil ciento noventa y nueve a mil doscientos cincuenta y tres) se desprende que solo consideró como delito de prevaricato el hecho consistente en haber ordenado la mencionada reposición en el cargo del demandante. No sucede así con los otros cargos, tales como la admisión a trámite de la demanda de amparo o el haberla declarado fundada.

3.13. En efecto, respecto a tales otros cargos, el A quo refirió, adecuadamente, que, de lo establecido en el numeral siete del artículo cinco del Código Procesal Constitucional y en el artículo ciento cincuenta y cuatro de la Constitución Política del Estado, se concluye que las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de ratificación y destitución de Jueces y Fiscales, sí son revisables en sede judicial en el supuesto de no haber sido motivadas. Señaló incluso que fue en dicho orden de ideas que el encausado declaró fundada la demanda al encontrar que la resolución

que imponía la sanción de destitución no se encontraba debidamente motivada, para lo cual se basó en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis.

3.14. Para el A quo, puntualmente, constituiría delito de prevaricato el hecho de que el encausado haya ordenado en su resolución, de forma contraria al artículo uno del Código Procesal Constitucional, la reposición en el cargo del demandante, con lo cual, a su vez, tal decisión contravendría el texto expreso y claro de la ley que ordena la debida fundamentación de toda resolución, salvo la de mero trámite.

3.15. El *Ad quem*, en puridad, al confirmar la sentencia de primer grado (fojas mil cuatrocientos veintitrés a mil cuatrocientos veintiséis), estuvo de acuerdo con el A quo en solo considerar como prevaricato dicha conducta. Si bien en el considerando tercero de la sentencia de vista se indica que la hipótesis incriminatoria contra el encausado –consistente en la pluralidad de hechos a los que se hizo referencia– fue confirmada por la actividad probatoria, lo cierto es que de una lectura integral de esta se verifica que se limita a ratificar la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto.

3.16. Cabe añadir que en las sentencias de primer y segundo grado se formulan ciertas consideraciones acerca del carácter obligatorio tanto de la jurisprudencia general que emite el Tribunal Constitucional como de los precedentes vinculantes que establece. De dichas consideraciones se advierte que, para tales órganos jurisdiccionales, el encausado tenía que –pese a no constituir precedente vinculante– haber adoptado el criterio señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis, referida a no ordenar la reposición en el cargo, sino un nuevo pronunciamiento por el Consejo Nacional de la Magistratura.

3.17. Sin perjuicio de que resulta patente que la acusación fiscal no cumple adecuadamente con observar el principio de imputación necesaria, toda vez que no se consigna un aspecto esencial de la imputación dado el tipo penal de prevaricato judicial invocado, como sucede con la norma legal clara y expresa contra la cual se habría pronunciado el encausado en su resolución de modo manifiesto –lo cual sería suficiente para declarar nulas las dos sentencias y la insubsistencia del dictamen acusatorio–, esta Sala Suprema considera que corresponde y cuenta con los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento final de fondo acorde a derecho, lo cual

favorece a las partes y al sistema de justicia en general al evitar un desgaste innecesario de jurisdicción (economía procesal).

Para tal efecto se analizará si configura delito de prevaricato la decisión del encausado consistente en disponer, en su condición de Juez, mediante resolución, la reposición de Orlando Miraval Flores en su cargo de Juez, como consecuencia de declarar fundada su demanda de amparo. En dicho análisis se tendrán como supuestas leyes contrariadas en la decisión judicial las referidas en las sentencias de primer y segundo grado, esto es, el artículo uno del Código Procesal Constitucional y del mandato de motivación de sentencias.

3.18. En la línea de análisis trazada, en primer lugar, debe señalarse que en la sentencia cuestionada, que declara fundada la demanda de amparo y ordena la reposición de Orlando Miraval Flores en su cargo de Juez, se expresa en su parte considerativa, en lo concerniente a la reposición, entre otros fundamentos, lo siguiente:

> [...] Considerando que [la] sentencia del Tribunal Constitucional [referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Vicente Rodolfo Walde Jáuregui] no es de carácter vinculante, esta judicatura considera que debe reponerse al demandante en el cargo que venía ocupando antes de que se produzca los efectos de las mencionadas resoluciones [referencia a las resoluciones cuestionadas del Consejo Nacional de la Magistratura vinculadas a la destitución del magistrado] en estricta observancia del artículo uno del Código Procesal Constitucional, dado que el objeto y finalidad del proceso de amparo es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

3.19. El artículo uno del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: "Los procesos a los que se refiere el presente título [que incluye el de amparo] tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional [...]".

3.20. En principio, del texto claro y expreso de la citada norma, que es consecuencia de la uniforme doctrina sobre las garantías constitucionales, se tiene que el efecto inmediato, inclusive cautelarmente, es suspender ipso facto la vulneración del derecho fundamental que se determine. Si lo que se observa es la existencia de amenaza de violación de un derecho

fundamental, corresponderá evitar que este sea vulnerado. En tal sentido, en el presente caso resultaba razonable que, ante la verosimilitud del pedido, se hayan repuesto las cosas al estado anterior a la destitución conforme a lo dispuesto por el encausado en su sentencia, con lo cual se cumplió con el motivo esencial y la razón por antonomasia de la acción de amparo.

3.21. Cabe precisar que, del citado precepto normativo, se observa que, con relación a la "reposición de cosas al estado anterior", pueden admitirse, en referencia al hecho, diversas interpretaciones o aplicaciones. Así, dicho "estado anterior" puede ser la situación inmediatamente anterior a la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional, o el escenario que, previo a ello, más favorezca al justiciable.

3.22. De ahí que, en el caso sub examine, dicho precepto normativo no podría ser pasible de prevaricato, tanto más si el encausado en su resolución expresó la razón específica de su decisión de reposición en el cargo. Desde su perspectiva, conlleva a tal medida una interpretación o aplicación estricta del mencionado texto normativo legal, lo cual podría considerarse también como una interpretación de énfasis máximo en la protección de la garantía constitucional del justiciable.

3.23. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la reposición en el cargo de Juez, como producto de haberse declarado fundada una demanda de amparo, ha sido adoptada como posición en ciertos votos singulares de magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual aúna más a la consideración de que, de modo alguno, se trata de un asunto pacífico. Así ha sucedido en la propia sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió, vía recurso de agravio constitucional, la demanda de amparo de Vicente Rodolfo Walde Jáuregui (cfr. considerando tres punto ocho de la presente Ejecutoria), o en la sentencia del mismo Tribunal que resolvió el recurso de agravio constitucional presentado por el propio Orlando Miraval Flores y que guarda relación con el presente caso.

3.24. En efecto, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número dos mil seiscientos nueve-dos mil siete-PA/TC, del diez de octubre de dos mil ocho, se tiene que la sentencia cuestionada, que declaró fundada la demanda de amparo a favor de Orlando Miraval Flores y ordenó su reposición en el cargo de Juez, fue apelada. La respectiva sentencia de vista confirmó la apelada en cuanto a la inaplicabilidad de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y la revocó en el extremo relativo a su reincorporación en el cargo que venía

ejerciendo; reformando dicho extremo, dispuso que el Consejo Nacional de la Magistratura dicte una nueva resolución debidamente motivada.

3.25. Ante ello, Miraval Flores interpuso recurso de agravio constitucional en el extremo de la reposición en el cargo. Finalmente, el Tribunal Constitucional, mediante la referida sentencia, declaró infundada la demanda de amparo en el extremo cuestionado. No obstante, los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen expresaron en sendos votos singulares que sí correspondía la reposición en el cargo del accionante, por lo que opinaron en el sentido de que se declare fundada la demanda en el extremo impugnado.

3.26. Es cierto que el Código Procesal Constitucional, en el último párrafo del artículo sexto de su título preliminar, establece como regla que "los Jueces interpretan y aplican las leyes [...] según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". No obstante, no configura delito de prevaricato la inobservancia, en una sentencia, de la interpretación o aplicación, respecto a una ley, del Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, entre otras razones, debido a no ser equiparable, en puridad, la jurisprudencia a la ley, tanto más si en la mencionada sentencia se expresan puntualmente los fundamentos de la decisión.

3.27. Debe tenerse en cuenta que nuestra tradición jurídica se adscribe al sistema jurídico del civil law, en el cual la fuente de derecho, ante todo, principal o por excelencia, es la ley. Ello explica que el legislador, al regular el delito de prevaricato, en lo que respecta a las fuentes de derecho, optó por criminalizar una determinada forma de inobservancia de la ley por parte de magistrados, y no sanciona penalmente, de modo alguno, el soslayar, en la resolución, otras fuentes, como sucede con la jurisprudencia. Ya será el órgano jurisdiccional superior en grado o revisor el que determine si la motivación es insuficiente o si cabe integrarla, de ser el caso. Una consideración distinta, que criminalice, sin más, la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vulneraría gravemente el principio de legalidad penal (exigencia de *lex certa* o taxativa).

3.28. En el presente caso, si bien la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco (órgano jurisdiccional que conoció en segunda instancia la demanda de amparo interpuesta por Orlando Miraval Flores) revocó la sentencia expedida por el encausado en el extremo de la reposición en el cargo de Juez del accionante, y ello fue ratificado, por mayoría, por el Tribunal Constitucional, por lo que podría plantearse que la reposición

en el cargo dispuesta por el encausado, en su actuación como Juez del Segundo Juzgado Mixto de Huánuco, no fue motivada, debe señalarse que la determinación respecto a si una decisión judicial tipo sentencia se encuentra motivada, por regla, es un asunto que compete a la jurisdicción dilucidar ante la interposición del respectivo medio impugnatorio, y el resultado del análisis dependerá del criterio jurídico empleado por el Tribunal revisor. La determinación de que la sentencia impugnada no se encuentra motivada, en algún extremo, de modo alguno zonstituye una condición suficiente para que la actuación del A quo configure delito de prevaricato.

3.29. El encausado Loli Rodríguez, en la sentencia cuestionada, no contrarió el texto normativo claro y expreso de una ley. Conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, el artículo uno del Código Procesal Constitucional admite una pluralidad de interpretaciones. Por ello, resulta insostenible que su sentencia haya sido dictada, sin más, con negación u oposición, de modo manifiesto, de un texto normativo legal claro y expreso. Es más, expresó, puntualmente, las razones por las cuales ordenó que el demandante Miraval Flores sea repuesto en el cargo de Juez, lo cual, por lo demás, fue luego revocado.

3.30. En tal sentido, corresponde absolverlo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de prevaricato, lo cual implica que su presunción de inocencia se mantiene incólume.

CONSIDERACIÓN ADICIONAL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

3.31. El representante del Ministerio Público, en su dictamen fiscal supremo, planteó que la acción penal en el presente caso prescribió el once de enero de dos mil catorce, de ahí que opine en el sentido de que se declare fundada de oficio la prescripción de la acción penal. Al respecto, debe señalarse que, independientemente de la corrección del mencionado planteamiento fiscal, cuando se advierte la existencia de serias y claras razones para absolver y, a la vez, se cae en cuenta de que la acción penal ha prescrito, es de preferir la absolución por ser lo más favorable al procesado y lo que mejor salvaguarda la presunción de inocencia de quien fuera procesado. Tal criterio se consideró adecuado en la solución del caso sub examine.

H. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

137

§137. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

Acuerdo Plenario	3-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein y Pariona Pastrana
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 24°, 25° y 400° CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 11°, y 13° al 17°

RESUMEN:

El "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

FUNDAMENTOS:

7°. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [*VILLA STEIN, Javier: Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 499*]. En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [*JAKOBS, Günther: "Intervención delictiva" en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; ROBLES PLANAS, RICARDO: La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons Editores, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. 215 ss.*]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8°. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

De igual forma, el artículo 24° del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador *[SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima, 2009, pp. 573 ss.]*. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9°. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad *[ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Lima,*

2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del TERCERO interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

10º. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24º CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo *[JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22]*.

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso,

permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el "comprador solicitante de influencias", o "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

11°. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

13º. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: "*La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*". En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción *[CARO JOHN, José Antonio: Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.].* Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14º. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico *protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [MIR PUIG, Carlos: Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, en ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 4ª ed., Lima 2007, p. 783],* que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15º. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias

cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional" *[Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]*. La Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción señala en su artículo 18° que "Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16°. No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de *invocar* sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien *jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública*, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos

son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad *[DOVAL PAÍS, Antonio: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en Cuadernos de Derecho Judicial (36), 1994, p. 46; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Valencia 2011, p. 197].*

17º. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico *prestigio y buen nombre de la administración pública.* Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

138

§138. Tráfico de influencias: Libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de Tráfico de Influencias Simuladas

Casación	374-2015 – LIMA
Fecha	13 de noviembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguéz Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 400° del Código Penal. Arts. 22°, 25° y 29° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú y art. 57° y 63° del Código de Ética del Abogado.

RESUMEN:

En atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social entre otros criterios: de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá.

FUNDAMENTOS:

III. LA TIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS.

DECIMO PRIMERO: El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un TERCERO, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases "recibir, hacer, dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de (...)" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

DECIMO SEGUNDO: El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación: el ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto consumación. En el presente caso –tráfico de influencias simuladas-se debe precisar que los catos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado los escritos, recursos, informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí el análisis de la conducta del imputado por este delito sólo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector.

DECIMO TERCERO: Este verbo rector de, invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirán en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en el funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticiamente, de forma clandestina no pública.

DECIMO CUARTO: Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado pozo, Fidel Rojas Vargas, Peña Cabrera y Muñoz Conde, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría en principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

DECIMO QUINTO: De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más concreto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con –el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal *(principio de ultima ratio).*

DECIMO séptimo: A diferencia de la tipicidad, que es un análisis sobre si la conducta encaja en el tipo penal y es aceptada socialmente, en esta categoría se determina si individualmente el ordenamiento jurídico la autoriza, por ello el análisis se hace caso por caso y ponderando una serie de principios que determinaran si la conducta se permite o no.

DECIMO OCTAVO: i) La antijuricidad implica un doble análisis sobre la conducta del sujeto activo: a) Antijuricidad formal, es decir, que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico. b) Antijuricidad material, que la conducta lesione el bien jurídico, es en esta donde se analizará si está justificada. **ii)** Puede existir colisión de bienes jurídicos de tal forma que se puede sacrificar el interés menos valioso, por lo que la lesión o puesta en peligro de este sólo será materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico. Criterio que prima al momento de evaluar las causas de justificación, conforme con la doctrina mayoritaria.

DECIMO NOVENO: Uno de estas causas de exención de responsabilidad es el ejercicio legítimo de una profesión u oficio, regulado en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, que tiene su fundamento en el derecho a la libertad de trabajo, por lo que , la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que el agente haya actuado respetando las normas constitucionales y dentro del marco legal, general

o especial, pertinente, en atención al principio de interés preponderante. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres-dos mil ocho-AA/TC, de treinta de junio de dos mil diez, ha señalado que el derecho al libre ejercicio de la profesión es uno de aquellos que forma parte del contenido de otro. En concreto el derecho a la libertad de trabajo, reconocido por el artículo dos inciso quine de la constitución. Como tal. Garantiza que una persona puede ejercer libremente la profesión para la cual se ha formado, como medio de realización personal. Ello no significa que el derecho al libre ejercicio de la profesión, en tanto derecho fundamental, sea ajeno a las limitaciones establecidas por ley.

VIGÉSIMO QUINTO: Dentro de la normativa de rango legal, el artículo doscientos noventa y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que el abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad. Así también, el Código de Ética del Abogado, aprobado por Resolución de Presidencia de Junta de Decanos uno-dos mil doce-JDCAP-P, del catorce de abril de dos mil doce, señala en su glosario de términos, que el ejercicio profesional del abogado posee diversas manifestaciones, entre las que incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gerente legal, (...) y todo aquel otro trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos.

VIGÉSIMO SEXTO: Entonces, conforme con esta última norma citada, la actividad del abogado tiene que ver con todo lo que realiza en materia jurídica: litigar, juzgar, enseñar, etc. El derecho de asistencia del abogado debe consistir primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de la persona que el imputado considere mas adecuada para ello. El abogado viene a asistir a su defendido precisamente en función de sus intereses individuales, realizando una función de apoyo técnico, sin virtualidad decisoria. Cuando se ejerce como abogado particular se puede dividir en tres: a) Actividades de transacción. b) Asesoría jurídica. c) Defensa de un proceso o procedimiento. En la primera el abogado presta sus servicios para constituir empresas, asumir la dirección de las mismas, actuar en conciliaciones, o negociar entre partes en conflicto al margen de alguna institución. La asesoría jurídica sirve para explicar al cliente los alcances jurídicos de una situación en este ámbito, los efectos de seguir adelante un proceso o expresarle la estrategia de litigación que se planea utilizar antes de ingresar a la defensa en el proceso. Producto de ello, la tercera actividad, es la defensa en juicio, que se da cuando el abogado brinda servicios

en un proceso. Por lo que sus labores son amplias y puede desenvolverse en cualquiera de estos ámbitos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, es lícita la actividad del abogado que se realice de forma privada, como pública, siempre que esté acorde a Ley (artículo uno del Código de Ética del Abogado), su esencia es defender los derechos de sus patrocinados (artículo cinco del citado Código, honrando la confianza depositada en su labor), el abogado presta servicios profesiones a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y otros (artículo doce). El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable (artículo dieciocho). Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional (artículo veintisiete). Como señala el citado Código en su artículo setenta y dos, es derecho del cliente proponer en cualquier momento la intervención en el asunto de un abogado adicional. También lo es del abogado apartarse del asunto si discrepa de la propuesta del cliente. Por último, el artículo cincuenta señala que el abogado y su cliente establecerán, de mutuo acuerdo y libremente, el importe y modalidad de los honorarios profesionales, debiendo tomarse como base para fijarlos la tabla de honorarios mínimos del respectivo Código de Abogados.

EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y PRESTIGIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TRIGÉSIMO TERCERO: El abogado desde el punto de vista legal debe actuar con sujeción a la ley, y desde lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal de tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico. Se debe precisar, de conformidad con el considerando décimo segundo que el acto que analiza para establecer la tipicidad y antijuricidad de la conducta de tráfico de influencias es la que ocurre desde los actos ejecutivos hasta la consumación, es decir, los actos de ofreces las influencias y recibir un beneficio o promesa a cambio, por ende, los posteriores actos del abogado no podrán ser evaluados respectos a este delito, pero sí de conformidad con otros tipos penales.

TRIGÉSIMO CUARTO: Según los actos graves que tipifica y sanciona el Código de ética, como se ve del considerando vigésimo noveno, y la lesividad del delito de tráfico de influencias, a modo de ejemplo, el abogado que ofrezca sus servicios para dar una dádiva al funcionario o servidor público no podrá alegar que se encuentra protegido por su actividad profesional. Tampoco el hecho de ofrecer tratar su asunto con la autoridad que conoce de estos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. Ni que un abogado ofrezca influenciar ante alguna autoridad que implique una injerencia para su ejecución imparcial e independiente, lo que significa el ofrecimiento que recoge el tipo penal del tráfico de influencias reales. En sentido similar, cuando el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres- dos mil ocho AA/TC, al analizar el inciso cuatro del artículo doscientos ochenta y seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que no puede patrocinar el abogado que ha sido destituido de cargo judicial o público, señala que esta norma tiene por finalidad evitar una colusión ilegal, favorecimiento indebido u otros delitos de naturaleza análoga, que pongan en peligro los fines constitucionales del sistema de administración de justicia y la confianza ciudadana en la judicatura. Lo que evidencia una postura por evitar del ordenamiento jurídico por evitas conductas graves que afecten intensamente el bien jurídico correcta administración pública.

TRIGÉSIMO QUINTO: En el caso del tráfico de influencias simuladas, el tratamiento será distinto, pues no hay un peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe una acto de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública.

TRIGÉSIMO SEXTO: Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social entre otros criterios: de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá. Lo que concuerda con la

actividad profesional que se adecua a los cánones expuestos en el considerando trigésimo.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: La justificación elimina el injusto , sin perjuicio de lo que establece la ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de ética citado, que al no tener contenido penal, no será materia de pronunciamiento y deberá verse en la vía legal correspondiente, pues el Derecho Penal al ser *ultima ratio* solo analiza conductas que afectan considerablemente bienes jurídicos (principios de subsidiariedad y lesividad).

I. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

139

§139. Enriquecimiento ilícito

Casación	782-2015 – DEL SANTA
Fecha	29 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 401° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2° al 13°

RESUMEN:

Resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura -a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público

FUNDAMENTOS:

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación N° 343-2012 del 16 de abril de 2013. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de

este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.

3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la casación Nº 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401° del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias. En buena cuenta, la norma de conducta de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el "abusando de su cargo". A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.

5. No obstante, la casación Nº 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401°, determinó que la locución "abusando de su cargo" era el equivalente a "por razón de su cargo". Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.

6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso -uso indebido- del cargo que ostenta.

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura -a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

10. El artículo 26° del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25° del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401° del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto

del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

J. LAVADO DE ACTIVOS

140

§140. Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales

Acuerdo Plenario	7-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 323º, 324º y 325º del CP.; Ley 27765.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 21°

RESUMEN:

Si bien por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un TERCERO o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos, de manera que el lavado constituye un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva; la clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa. En este sentido, ***son viables también las alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales.***

*Las medidas de coerción reales recogidas en el NCPP que podrán aplicarse en los procesos por delitos de lavados de activos -sean **a)** Embargo, **b)** Incautación, **c)** Medidas anticipativas, **d)** Medidas preventivas, y/o **e)** Inhibición-, tendrán como finalidad impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Por tanto, su finalidad es la protección de las pruebas o medios de prueba.*

*Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos en los Distritos Judiciales en los que la reforma procesal penal no está vigente para este delito son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212.*

FUNDAMENTOS:

"**Antecedentes:**

6°. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos dos años ha adquirido relevante presencia en el país.

7°. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificados jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010 que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas:

A. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.

B. Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos.

C. Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos:

8°. El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.

En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

9°. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un TERCERO o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa.

En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a

cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago contra entrega. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos.

En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas.

10°. Es posible, sin embargo, otros supuestos:

A. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado.

B. Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo.

En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante.

Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercaiación –transferencia- o incluso de integración –ocultamiento o tenencia- que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Incluso, en estos supuestos, sería posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso.

11°. Vistas, así, las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

Agotamiento del delito y lavado de activos:

12°. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del *"iter criminis"* posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de "*obtener el injusto provecho*" que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (LUIS JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal -Tomo VII,* 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).

13°. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

14°. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, **(i)** sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; **(ii)** sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; **(iii)** sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a TERCEROs para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15°. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible –y legalmente necesario- aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por TERCEROs.

Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos:

16°. Las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en puridad, de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES: *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*, Editorial Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su finalidad estriba en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315°.1 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP- insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a "*...las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad...*".

17°. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación:

A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia

y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.

B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

18°. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el PRIMERO y el SEGUNDO, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventiva contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia.

Si bien el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682° y 687° CPC).

19°. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

A. El *fumus delicti comissi*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada "apariencia y justificación del derecho subjetivo", que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una "*...razonada atribución del hecho punible a una persona determinada*" [Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]). Ha de existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303°.3 NCPP, aún cuando se refiera sólo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse,

de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente "procedimentales"- evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o TERCERO civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada.

B. El SEGUNDO presupuesto es el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal -peligro de infructuosidad-. En el proceso penal, se concreta por el "peligro de fuga" o de ocultación personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado y, a su vez, medir el tiempo necesario que todo proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima -en el caso del lavado de activos, al Estado- derivadas del comportamiento del imputado [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Es de tener en claro, que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado –siempre en el plano civil, que no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303°.3 NCPP, en tal virtud, estipula: "...*por las características*

del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien".

20°. Es de destacar, en el procedimiento de coerción real, por lo menos dos situaciones precisas:

A. La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales –en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68°, apartado 1, literales "i" y "k", NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302°, 310°, 316° NCPP). Asimismo, tales medidas pueden solicitarse, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349°.4 y 350°.1.c, y 353°.3 NCPP –supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción-).

B. El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315°.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203°.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que "...*no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida...*"; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315°.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203°.2 NCPP).

21°. Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos, en los Distritos Judiciales que la reforma procesal penal no está vigente para este delito, con el Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP-, son las previstas en su artículo 94° y la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, que en

su listado de delitos inicialmente no la incluía, tipificado en los artículos 296°-A y 296°-B del Código Penal y, posteriormente, sistematizado en la Ley N° 27765 *"Ley Penal contra el lavado de activos"*, del 20 de junio de 2002, incorporado a la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, mediante Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007, son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. La incautación citada inicialmente, puede erigirse en inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos –garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo-, pero a su vez –en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado- puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva." (Sic.)

141

§141. Configuración del tipo penal del delito de Lavado de activos

Acuerdo Plenario	3-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 323°, 324° y 325° del CP.; Ley 27765.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 38°

RESUMEN:

La tipificación de los actos de lavado de activos regulados en la Ley 27765 resguardan una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o que son puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente.

*Es un **delito de resultado** que requiere para su consumación que se verifique necesariamente si el agente logró con su conducta, al menos momentáneamente: dificultar la identificación de su ilícito origen o su incautación o decomiso. De no producirse el resultado, nos encontraremos ante un caso de tentativa.*

*Asimismo, es un **delito netamente doloso** que podrá incluir la modalidad eventual. No obstante, **no se exige que el agente conozca de qué delito previo se trata**, ni cuándo se cometió éste, ni quiénes lo ocasionaron, ni que dicho delito fuente esté sometido a investigación, proceso judicial o sentencia condenatoria. **Basta que se determine mediante prueba indiciaria la procedencia delictiva** del dinero,*

bienes, efectos o ganancias que –en el caso concreto- permita la exclusión de otros posibles orígenes.

El valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado de activos, carecen de significado para la tipicidad penalidad del delito.

FUNDAMENTOS:

"La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos:

7°. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296° A y 296° B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario.

Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país.

Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (Artículos 301° a 304°) en el Titulo XIII del Código Penal de 1995 sobre "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En ese contexto, GOMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual *"reside en la desestabilización del mercado y de la economía"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. CEDECS Editorial. Barcelona. 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIO DELGADO, rechazan tal calificación por

lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquél con la operatividad del blanqueo de capitales: "*En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Titulo XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, que elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes*" [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p.81].

8°. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323° a 325° del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO: "*...es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica*" [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. El lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94].

Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGON CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya

de la materia, señala: *"Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del* CP.*), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública"* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272].

9°. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En SEGUNDO lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros". Efectivamente, como destacan algunos autores: *"el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a*

la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo" [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80].

10°. Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra el bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para esta opción: *"El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal"* [Cfr. WIFRIED BOTTKE. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania., en Revista Penal N° 2. Julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO].

Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZOGLUS. Delitos con Drogas. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [Cfr. Artículos 648° *bis* y 648° *ter*]. Sin embargo, lo lineal y

convencional del enfoque político–criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIAN CAPARROS, tales conductas no están dirigidas únicamente *"a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Cólex. Madrid. 1998, p. 262].

Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405° del Código Penal. Según esta disposición: *"El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.

11°. Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultanea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy

caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *"No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato"* [Cfr. JAVIER ZARAGOZA AGUADO. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD–DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p, 12]. Por su parte, FABIAN CAPARROS también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *"Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente -si bien en diferente medida- sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 238].

12°. Los autores nacionales al comentar la Ley 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo, BRAMONT–ARIAS TORRES destaca lo siguiente: *"Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos"* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT– ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia GÁLVEZ VILLEGAS: *"Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país -y de la comunidad internacional-, ya que trastocan el orden económico–financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política*

económica estatales" [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p .xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: *" Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político–criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas"* [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *"la expectativa normativa de conducta de*

que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del trafico jurídico–patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos" [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.490].

13°. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico–financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94].

14°. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye

de la condición potencial de autor a los implicados, autores o participes, del delito que genero el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6° *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad ("También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias").

La consumación en el delito de lavado de activos:

15°. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de TERCEROs o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: *"El artículo 16° del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la*

tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos" [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: *"Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa"* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67].

16°. Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1° de la Ley 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2° como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2°, desde la vigencia del Decreto Legislativo 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia °°práctica para resolver problemas relacionados

con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor LUIS BRAMONT ARIAS: *"Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo...la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación, momento...tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento"* [Cfr. LUIS A. BRAMONT ARIAS. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291].

El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos:

17°. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual.

El sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

18°. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente

o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

19°. En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal "puede presumir". Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: *"un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps.510 y 511]. Como afirma GALVEZ VILLEGAS: *".... siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del art. 12° del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD – OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión "debiendo saber". En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2° del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD–OEA, estipula lo siguiente: *"Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico* [Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2].

20°. El texto original de los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como "evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso". Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: *"La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72° de la Ley costarricense 7786 de 1998 , el artículo 400° bis del Código Penal mexicano y el artículo 301°.1 del Código Penal español.

21°. La ley 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que junto al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo FABIAN CAPARROS: *"No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad*

del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta- esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales-, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda- actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes-, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado- el efectivo encubrimiento- que es independiente de la actuación del sujeto activo" [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , ps. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

22°. El Decreto Legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1° y 2° requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anota GARCÍA CAVERO: *"...el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps.510 y 511].

23°. En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLES ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce *"la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia*

de un delito" [Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED. Tecnos. Madrid. 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los a contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios estándar. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS y VALLÉS advierte lo siguiente: "*La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas estándar). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave*" [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624].

24°. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios estándar o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se límite a la realización

de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *"La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales"* [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].

25°. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como GALVEZ VILLEGAS comparten tal posición: *" no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p.82]. BRAMONT–ARIAS TORRES también suscribe esta tesis: *"En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas"* [Cfr. LUIS ALBERTO

BRAMONT-ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 526].

26°. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios estándar o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios estándar, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS I VALLÉS: "*El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios estándar a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito*" [Cfr. Ramón Ragués Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647].

27°. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194° del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *"sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro"* [Cfr. Delitos con Drogas. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: *"Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital"* [Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20].

Posición similar expresa en la doctrina española GOMEZ INIESTA: *"En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El delito de blanqueo de Capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58].

El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena:

28°. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la

vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: *"Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"*.

29°. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46° del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos:

30°. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados "delitos fuente" han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares -obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilegales -su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación

y decomiso-, con excepción del delito de receptación-. Así consta en el artículo 6° de la Ley de lavado de activos -modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 de julio de 2007-.

31°. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo -objeto material del delito-, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste -el dolo- ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito.

32°. Respecto de lo primero, el artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado.

El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

33°. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria -no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa-. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad

organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida -a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912–2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1– 2006/ESV–22, del 13 de octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Como presupuestos generales -materiales y formales- en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados -de modo que se refuercen entre sí-.

B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].

C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe **(i)** detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como **(ii)** sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].

34°. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la

experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

Así:

A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.

B. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

D. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios -tal situación, conforme aclaró la

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.

E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión -contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

35°. El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "... *inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*" (artículo 6°, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3°.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse

de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave -de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley- que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.

Salvo la confesión -muy inusual en estos casos, aunque no imposible-, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior.

El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera:

36°. La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú -en adelante, UIF–Perú-. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -en adelante, SBS- encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF–Perú se tiene: **(i)** solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; **(ii)** como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y **(iii)** comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén

vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Según el artículo 10°–A de la Ley número 28306 el denominado 'Reporte de Operaciones Sospechosas' es un documento de trabajo de la UIF–Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

37°. La UIF–Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF–Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF–Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno.

Según el artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF–Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018–2006–JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina "Informe de Inteligencia". Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

38°. La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni

como medio probatorio, salvo que la UIF–Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF–Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución par constar en ellos.

Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF–Perú.

Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional -en la medida en que así lo decida el UIF–Perú-; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración." (Sic.)

142

§142. Delito fuente como elemento normativo del tipo penal del delito de Lavado de Activos

Casación	92-2017-AREQUIPA
Fecha	08 de agosto del 2017
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106.

RESUMEN:

El delito fuente es un elemento normativo del tipo objeto de los tres subtipos penales del delito de Lavado de Activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Por tanto, para que una conducta sea típica, debe reunir todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Si faltare alguno de ellos, la conducta será atípica: y, en consecuencia, procederá la excepción de improcedencia de acción. El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación se basa en el principio de legalidad: es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, que establece un sistema numerus clausus. Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta <<o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales>> -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo: iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) La gravedad del delito, en atención a la pena

conminada en el tipo penal correspondiente, los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

FUNDAMENTOS:

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL DELITO FUENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

DÉCIMO: La represión penal del lavado de activos en nuestro país, vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas[59]. Así, en el marco de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre del año 1988, en la ciudad de Viena -la misma que fuera ratificada por nuestro Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25352, del 23 de diciembre de 1991- la tipificación del delito de lavado de activos en el Perú, aparece vinculada únicamente a este delito; esto es, se tenía como única conducta previa o generadora del activo ilícito, al delito de tráfico ilícito de drogase. Es así que, inmerso en un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Poder Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como artículo 296°A y 296°B, tuvieron por función político-penal, criminalizar los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico[60].

DÉCIMO PRIMERO: No obstante, por razones de carácter político, el Congreso de la República decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplazarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavado de activos a una receptación patrimonial agravada. La actitud crítica frente a esta forma de

---

59 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal Económico. Parte Especial, lra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 479. ÉL MISMO, «El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), Ley Contra el Crimen Organizado (Ley *N° 30077).* Aspectos sustantivos, *procesales y de ejecución penal,* 1 ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 391: «El origen criminológico del lavado de dinero se remonta al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque existen también datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos».

60 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *El* delito de lavado de dinero en el Perú, En Línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf], p. 7.

comprender el lavado de activos, llevó a que mediante el Decreto Ley 25428 (promulgado el 9 de abril de 1992) se volvieran a tipificar las conductas de lavado de activos, en el marco de los delitos de tráfico ilícito de drogas, mediante la incorporación de los artículos 296°-A y 296°-B en el Código Penal[61].

DÉCIMO SEGUNDO: Así, el entonces incorporado artículo 296°-A del Código Penal, establecía: «El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena». Mientras que, a su turno, el artículo 296°-B del Código Penal, señalaba: «El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena de cadena perpetua. La misma pena de cadena perpetua, se aplicará en los casos en que el agente esté vinculado con actividades terroristas, o siendo miembro del sistema bancario o financiero actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero»[62].

DÉCIMO TERCERO: A principios del nuevo milenio se observó, en los procesos contra distintos miembros del gobierno saliente, que los tipos de lavado de activos tenían una serie de vacíos que hacían necesaria una profunda reforma. En lo referido al delito fuente, por ejemplo, se advirtió la falta de conexión de los bienes "lavados" con delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de "encubrimiento real" o "receptación"). Por lo que, finalmente, el

---

61 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal *Económico.* Parte Especial, lra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 480.

62 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO (Coord.), Lavado de *Activos* y Compliance. Perspectiva *internacional* y derecho comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 60 y ss.

Congreso de la República aprobó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, promulgada el 26 de junio de 2002[5].

DÉCIMO CUARTO: En el artículo 1° de la Ley N° 27765, se castigaban los actos de conversión y transferencia; en los siguientes términos: «El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»; mientras que, en el artículo 2°, los actos de ocultamiento y tenencia; bajo el siguiente tenor: «El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa». Ahora bien, ¿cuáles debían ser los delitos fuente que den lugar a los activos de origen ilícito, en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765? El legislador de aquella época, incurriendo en una deficiente técnica legislativa, desmembró el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos- de su lugar originario y, lo reguló en un artículo independiente, esto es, en el artículo 6° de la Ley acotada; donde se señaló que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros *u otros similares* que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal».

DÉCIMO QUINTO: Esta misma deficiencia de técnica legislativa, en relación al delito fuente, se mantuvo en el Decreto Legislativo 986, vigente desde el 22 de julio de 2007; en cuyo artículo 6° se estableció que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico de inmigrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal». Como puede observarse,

esta norma mantuvo la regulación del delito fuente en un artículo independiente; incorporando como nuevos delitos fuente, la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, extorsión y delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada. Asimismo, estableció una fórmula o cláusula abierta al consignar como delitos fuente: «u *otros similares que* generen ganancias *ilegales*».

DÉCIMO SEXTO: A su turno, el vigente Decreto legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; "consagró" la deficiente técnica legislativa de las anteriores normas. Es decir, continuó sin incluir el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo- en la misma disposición que tipifica la figura delictiva -esto es, en los artículos 1° [actos de conversión y transferencia], 2° [actos de ocultamiento y tenencia] y 3° [transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito]-; y mantuvo la técnica de regularlo en una disposición independiente; esto es, en el artículo 10°, donde se señala que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales, como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal».

El delito fuente como elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos

DÉCIMO SÉPTIMO: No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológico de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1°, 2° y 3°, del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Negar que el delito previo constituye elemento normativo del delito de Lavado de Activos; implicaría defender «una interpretación formal y asistemática de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106,

sin ninguna vinculación con el art. 10, segundo párrafo (de dicha norma)»[63]. Con la referencia, en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, a un "origen ilícito" de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), el legislador simplemente quiso «evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de todos los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10»[64]. En este último artículo, precisamente, es la propia norma la que se encarga de señalar una lista ejemplificativa de delitos fuente.

DÉCIMO NOVENO: La primera función dogmática del delito previo, consiste, justamente, en dotar de contenido al objeto material del delito de Lavado de Activos. Así, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N°1106, señalan que el dinero, bienes, efectos o ganancias, deben tener un *origen ilícito;* lo cual -a partir de consideraciones irrenunciables del carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, y el principio de legalidad-, implica, necesariamente, que provengan de un delito fuente [no de una falta, ni de un ilícito civil o administrativa. Por el contrario, una interpretación meramente literal de los artículos 1°, 2° y 3° de la norma acotada, «traería como necesaria consecuencia, que mediante la incriminación del lavado de activos se habría de reprimir actos de legitimación aparente efectuados sobre cualquier 'origen ilícito[65], lo cual es inaceptable y aflictivo del principio de legalidad»[66].

---

[63] MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El* delito de lavado de activos. Aspectos *sustantivos y* procesales del tipo *base* como delito autónomo, Ira ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264.

[64] IBÍDEM, p. 264.

[65] Al respecto, véase, GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal *económico.* Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576.

[66] MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El* delito de lavado de activos. Aspectos *sustantivos* y procesales del tipo base como *delito autónomo,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal económico. *Parte* Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576; para quien, si se sigue una interpretación literal, «habría que concluir que la conducta de lavado de activos podría recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre los originados por cualquier ilícito en general. En ese orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la comisión de una falta. Pese a la amplitud del tenor literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a "actividades criminales" con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción de los tipos penales exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales».

VIGÉSIMO: El delito fuente o delito previo es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito; el cual, precisamente, por esa razón se ha denominado 'lavado' de activos. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes[67]. En este orden de ideas, el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un 'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó los bienes ilícitos[68]. Ello explica que el delito de Lavado de Activos deba considerarse un *delito* de *conexión;* esto es, que exige un delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material. En otras palabras: «La característica esencial del delito de lavado de activos viene a ser su conexión con el injusto anterior, puesto que, la punibilidad de la conducta de lavado de activos se fundamenta en que el dinero, bien, efecto o ganancia fueron obtenidos mediante actos delictivos que el agente busca legalizar»[69].

VIGÉSIMO PRIMERO: La segunda función dogmática del delito previo, consiste en especificar el ámbito de la imputación subjetiva. Así, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, hacen hincapié en que debe tratarse de bienes «cuyo origen ilícito conoce o debía presumir [el agente]»; texto, sin embargo, a todas luces innecesario; por cuanto, por regla general, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo [y el delito fuente lo es]. Es como si en el delito de hurto, o en el de robo, el legislador hubiese señalado expresamente en la descripción típica, que el agente debía conocer el carácter ajeno del bien mueble. En ese sentido, al tener el delito fuente la calidad de elemento normativo del tipo objetivo, el delito de Lavado de Activos no podrá imputarse al agente, si es que éste no conocía dicho elemento normativo. Sin embargo, y pese a la técnica legislativa empleada, el legislador no ha hecho más que resaltar que un aspecto esencial del injusto del Lavado de Activos, es la procedencia delictiva de los bienes; esto es, el delito fuente. Tan es así que, en el artículo 10° de la norma acotada, el legislador también especifica que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el

---

67 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito* de *Lavado* de Activos. Análisis crítico, Lima: Grijley, p. 149.

68 PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la 'Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en Actualidad Legal, Boletín N° 3, p. 1.

69 HINOSTROZA PARIACHI, César, El delito de *Lavado* de *Activos. Delito* Fuente, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Del mismo modo, la importancia del delito fuente en la imputación subjetiva del delito de Lavado de Activos, se constata también en la exigencia legal de que el agente actúe «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso»; lo que no debe interpretarse como la finalidad psicológica de cada autor del delito; sino, más bien, como la proyección de una sucesión de hechos en una determinada dirección[70]. Esto es, en la práctica, esta intencionalidad debe apreciarse de la propia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinada dirección)[71]. Tal es la importancia de la función que cumple el delito fuente, que la regulación penal del delito de Lavado de Activos, se ha hecho tipificando los actos de colocación dirigidos a ensombrecer el origen de los activos o ciertas conductas periféricas de preparación; pero siempre teniendo en cuenta la fase final de integración de capitales de origen delictivo en el sistema económico[72]. Se trata, en consecuencia, de un contexto objetivo que ordena la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin -dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, así como evitar la incautación y decomiso de los mismos-[73]; y cuya verificación resulta necesaria para la configuración típica de las condcutas de Lavado de Activos, previstas en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106.

---

70 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal *económico. Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

71 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El* delito de Lavado de *Activos. Criterios sustantivos* y procesales. *Análisis* del Decreto *Legislativo N° 1106,* 1 ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 229.

72 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal económico. *Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

73 PÉREZ BEJARANO/MÁRQUEZ ROSALES, El Ejercicio de la abogacía y sus riesgos respecto al delito de Lavado de Activos en el Perú, 1 ra ed., Lima: Márquez Editores, 2017, p. 104.

VIGÉSIMO TERCERO: La tercera función dogmática que el legislador le asigna al delito fuente, es la de justificar la agravante de la pena. Así, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106; el marco mínimo de la pena se incrementa hasta los veinticinco años, «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas». Por lo que, para la imputación de dicha agravante al agente, deberá acreditarse que los bienes provienen de alguno de estos delitos fuente; y, asimismo, que el autor conoce la gravedad del delito previo del que proceden los activos; por lo que si se presenta un error respecto de esta última circunstancia; la agravante no podrá imputarse subjetivamente al agente; tal como lo dispone el artículo 14° del Código Penal.

VIGÉSIMO CUARTO: Asimismo, de la legislación vigente, es posible extraer un argumento adicional, para afirmar que el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos. Así, el propio Decreto Legislativo 1106, en el último párrafo del artículo 10°, señala: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias». Se trata de la consagración expresa del denominado "Autolavado"; esto es, de la posibilidad de castigar como autor de Lavado de Activos, al mismo autor o partícipe del delito previo. Al respecto, con independencia de la legitimidad material de dicha figura legal[74]; lo cierto es que no podrá configurarse una conducta típica de "Autolavado", sin la existencia de un delito previo. En ese sentido, el delito previo es un elemento normativo del tipo objetivo, de configuración necesaria para la imputación del "Autolavado".

VIGÉSIMO QUINTO: El delito de Lavado de Activos se origina en la comisión de un delito fuente, es decir, procede o proviene de un ilícito penal cuyo objeto material genera ganancias ilegales[75]. En consecuencia, el delito fuente no solamente es un elemento normativo del tipo objetivo, del delito de Lavado de Activos; sino que constituye, además, un aspecto esencial y gravitante del injusto

---

[74] Sobre esta problemática, POLAINO ORTS, Miguel, «Normativización de los títulos de imputación en el Blanqueo de Capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de la Parte General», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 271 y ss.

[75] HINOSTROZA PARIACHI, César, El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente, lra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

material de dicho delito. Precisamente, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-1 16 de las Salas Penales de la Corte Suprema, se estableció que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo el tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad». Doctrina jurisprudencial que se mantiene vigente; al resultar concordante con la legislación vigente, con la jurisprudencia y con los desarrollos de la dogmática jurídico-penal; conforme se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; incurriéndose, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

¿Autonomía del delito de Lavado de Activos?

VIGÉSIMO SEXTO: La Sala Penal Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016 (p. 15), sostuvo que el delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que «es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como lo señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema». Si bien es cierto, un sector de la doctrina nacional entiende la autonomía del delito de Lavado de Activos, como una "autonomía absoluta"; sin embargo, es preciso determinar si tal posición, defendida por la Sala Superior, es la recogida por el Decreto Legislativo 1106 y por la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Previamente, es importante precisar que el Decreto Legislativo 1106, fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 26 de noviembre de 2016. Así, esta última norma modificó el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, añadiendo el término "sanción"; esto es que: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Esta modificación legal, sin embargo, no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de imputación del presente proceso; toda vez que, según la tesis del Ministerio

Público, los actos de transferencia realizados por el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB se realizaron en el periodo comprendido entre el mes de julio del 2013 a marzo de 2014; por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° del Código Penal, corresponde aplicar la norma de lavado de activos vigente, antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249.

VIGÉSIMO OCTAVO: Una vez aclarado lo anterior; cabe señalar que, en cuanto a la «autonomía»; el artículo 10° el Decreto Legislativo N° 1106 -en su texto vigente antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249-, establecía que el delito de Lavado de Activos es *autónomo* en el sentido de que, «para su investigación o procesamiento, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria»; con lo cual, es el propio texto de la norma el que deja en claro que la autonomía del delito de Lavado de Activos, es tan solo una autonomía procesal; esto es, para la investigación o procesamiento por delito de Lavado de Activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria; empero -de acuerdo con una interpretación a contrario *sensu*-, para la condena por Lavado de Activos, la prueba del delito fuente sí será necesaria. En consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba del delito fuente deberá ser acreditada -ya sea mediante prueba directa o indiciaria; la que deberá ser debidamente motivada en la respectiva sentencia.

VIGÉSIMO NOVENO: Estas conclusiones encuentran pleno respaldo en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema al respecto. Así, en el fundamento §5. 35° del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010; se estableció como doctrina jurisprudencial que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito». A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente; la entonces Sala Penal Transitoria -hoy Primera Sala Penal Transitoria- de la Corte Suprema ha exigido: «(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión, debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general.

No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba, entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias»[76]. Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia, una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar probatorio requerido para obtener certeza, respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos[77].

TRIGÉSIMO: La línea jurisprudencial antes descrita, ha sido consolidada por esta Segunda Sala Penal Transitoria; al haberse señalado, en reciente pronunciamiento jurisprudencial que: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito, son los que constituyen objeto del lavado de activos» [GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico. Parte Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 596]. En ese sentido, para arribar a una condena por lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra del lavador [ORsI, Omar G., Lavado de *dinero* de *origen* delictivo, 1ra ed., Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 623 y ss]. Por otra parte, en cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo [CARO CORIA, Dino Carlos, «Sobre el tipo básico de lavado de activos». Disponible en línea: (http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf) p. 20]. No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general. (...) Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales, que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas

---

[76] Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 2868-2014/Lima (Sala Penal Transitoria), del 21 de diciembre de 2016, *F.J.* Décimo». Ponente: SAN MARTÍN CASTRO.

[77] En ese sentido, también en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013/ Lima (Sala Penal Permanente), del 21 de abril de 2015, F.J. Cuarto». Ponente: PARIONA PASTRANA; se señaló que: «para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar».

exigencias, si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin mayores especificaciones [HERRERA GUERRERO, Mercedes, «El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes», en Revista *Ita lus Esto,* Universidad de Piura, p. 7]. Por ello, la alegación de que `únicamente se debe probar el origen ilícito de los bienes y no la actividad criminal previa que produjo dichos bienes', resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba [PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la `Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en Actualidad Legal, Boletín N° 3, p. 2]; pues resulta materialmente imposible probar el "origen ilícito" de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias- provienen»[78].

TRIGÉSIMO PRIMERO: Con respecto a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en el fundamento §5.31 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; también se explica la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; al señalarse -en perfecta armonía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106-, que «la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de la reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado». En ese sentido -se agrega en el referido Acuerdo Plenario-, no es menester «que conste acreditada la comisión [del delito fuente] mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva». En consecuencia, de los fundamentos glosados de dicho Acuerdo Plenario; se evidencia que la Corte Suprema se refirió únicamente a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; por cuanto una vinculación absoluta, esto es, la paralización del proceso por lavado de activos, hasta la acreditación definitiva del delito previo, llevaría a la impunidad práctica del delito de Lavado de Activos[79].

---

[78] Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3036-2016/Lima (Primera Sala Penal Transitoria), del 10 de julio de 2017, Fs.Js. Décimo octavo y Décimo noveno». Ponente: HINOSTROZA PARIACHI.

[79] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del Lavado de Activos en la doctrina práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de *Activos y Compliance.* Perspectiva *internacional y* Derecho Comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 74 y ss.

Es el propio Acuerdo Plenario *in* comento, el que deja en claro, en el punto §5.32, que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad».

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, incluso a partir del nuevo texto del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -modificado por el Decreto Legislativo N° 1249-; es posible seguir manteniendo la autonomía únicamente procesal del delito de Lavado de Activos. Así, con la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se buscó hacer compatible el texto de dicha norma, con lo previsto por el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; en cuyos puntos 9, 10 y 11, se desarrollan aquellos casos específicos donde puede configurarse delito de Lavado de Activos, antes de la realización del delito fuente [v.gr. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado]; esto es, se trata de casos en los cuales podría haber ganancia ilícita antes de la ejecución del delito fuente. A estos casos, precisamente, es que se refiere la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249; a fin de hacer compatible el texto de la ley, con este tipo de casos específicos, ya contemplados con anterioridad por el Acuerdo Plenario N° 7- 2011/CJ-11.

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; tanto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-1 16, como el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; guardan coherencia con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, ya mencionado, también se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; incurriendo, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

Vulneración del Principio de Legalidad -lex cerca- mediante la utilización de la cláusula abierta «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales

TRIGÉSIMO CUARTO: El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política, donde se establece que: «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; ni sancionado con* pena no prevista en la ley». Del mismo modo, se ha consagrado expresamente como un principio general del

Derecho Penal -incluso del Derecho Sancionador-, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el cual textualmente señala que: «Nadie será sancionado por un acto *no previsto* como *delito o falta por la ley vigente al momento* de *su comisión, ni* sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella». En este sentido, en la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación[80].

TRIGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Constitucional, ha sostenido que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas; y, como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta), la prohibición de la analogía (lex *stricta)* y de cláusulas legales indeterminadas (lex certa)[81]. La exigencia de ley previa -lex praevia- impide que las leyes penales puedan aplicarse retroactivamente, para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley, con anterioridad a la realización del delito; con excepción de la retroactividad benigna. Por su parte, la llamada reserva de ley -lex scripta-, establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas; mientras que el *mandato* de certeza o determinación -lex ceda- impone al legislador, el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable. Por último, el principio de legalidad -en su vertiente de lex *stricta-,* impide que el juzgador recurra a la analogía *in malam* partem, para sancionar una conducta; tal como lo dispone el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

TRIGÉSIMO SEXTO: El contenido del principio de legalidad, incluye la exigencia de lex ceda, como complemento de la prohibición de analogía, generalización o extensión, por cuanto excluye el carácter *difuso* de los enunciados o *términos* usados por el legislador en materia penal[82]. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la ambigüedad en la formulación de los tipos penales, genera dudas y abre campo al arbitrio

---

80 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal. Parte General, 2da ed., Lima: Jurista, 2012, p. 141.

81 STC dictada en el Exp. 0010-2002-AI/TC, F.J., §8.1.

82 YACOBUCCI, Guillermo, *El* sentido de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 456.

de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»[83]. En ese sentido, la exigencia de lex cerca o mandato de determinación; «se ordena a evitar la absoluta discrecionalidad judicial, permitir que la comprobación de los elementos constitutivos del tipo progrese dentro de un control razonable, (...) reclamar del legislador el mayor grado posible de precisión según la materia a regular y favorecer la motivación de los ciudadanos con la consiguiente fidelidad al derecho»[84]. Mediante la utilización de la fórmula legal «o *cualquier otro con* capacidad de generar ganancias *ilegales*» -propia de una técnica legislativa que no tiene sustento alguno-, prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se ha vulnerado, precisamente, la exigencia de lex cerca, derivada del Principio de Legalidad Penal. La utilización de una fórmula legal tan ambigua como «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; impide que el destinatario de la norma de lavado de activos, pueda saber con certeza qué conductas busca reprimir, realmente, el legislador; esto es, qué delitos pueden considerarse como delitos fuente de lavado de activos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: El Decreto Legislativo N° 1106, no solamente arrastró la misma deficiencia de técnica legislativa que presentaron, tanto la Ley 27765, como el Decreto Legislativo 986, respecto del desmembramiento del delito fuente; sino que, en el mismo artículo 10° del acotado Decreto legislativo N° 1106, mediante una infeliz redacción, se incrementó aún más la indeterminación de la norma; al sustituir la frase «u otros *similares* que generen ganancias ilegales» -que contemplaba la Ley 27765 y el Decreto Legislativo 986°-, por «o cualquier otro con capacidad ***de generar ganancias ilegales*».**

Si bien, por un lado, la nueva redacción haría ahora indubitable que el elemento "ganancia económica" sería una cualidad genérica del delito previo ["capaz de generar ganancias"] y no al caso concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de la similitud con respecto a los delitos nominados[85].

TRIGÉSIMO OCTAVO: La anterior exigencia -contemplada en la Ley 27765 y en el Decreto Legislativo 986- de una «similitud» con los delitos

---

[83] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baena, Ricardo y otros", parágrafos 108 y 115; "Cantoral Benavides", parágrafo 157, y "Castillo Petruzzy y otros", parágrafo 121.

[84] YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido* de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 457.

[85] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, El *delito* de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 140.

expresamente mencionados, «permitía concluir que no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares, en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados.

Esta conclusión se correspondía además, con lo establecido en el punto 30 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, en el sentido de que, por delitos similares, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada»[86]. El Decreto Legislativo 1106 ha eliminado la referencia a la «similitud» y solamente exige que los otros delitos fuente -además del numerus clausus- sean capaces de generar ganancias ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la cantidad de delitos previos[87]. En ese sentido, «lo único que queda claro es que [ese 'cualquier otro'] debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta). Pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos»[88].

TRIGÉSIMO NOVENO: Nada le impedía al legislador, haber utilizado una fórmula legal más respetuosa de la exigencia de lex ceda; v.gr. «y todos los demás *delitos* dolosos contemplados en el *Código* Penal y leyes penales *especiales»;* o, «y todos los demás delitos *dolosos previstos* en el *Código* Penal *y leyes* penales especiales, que *contemplen* una pena privativa de libertad *superior a los seis* (o cuatro) años», etcétera; con lo cual, cuando menos, el destinatario de la norma hubiese tenido certeza del contenido de la prohibición del delito de lavado de activos. No obstante, cabe advertir que, si el legislador hubiese querido excluir como delito fuente del delito de Lavado de Activos, únicamente, al delito de receptación; entonces, fácilmente hubiese utilizado una fórmula como «y todos los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, con excepción de los actos contemplados en el artículo *194°* del Código acotado». Al no haberse empleado esta última fórmula, queda claro que el delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal, no es el único delito excluido del catálogo

---

86 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema* Penal, Lima: Ara Editores, 2012, p. 421 y SS.

87 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, El *delito* de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 140.

88 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema* Penal, Lima: Ara Editores, 2012, p. 422.

de delitos fuente del delito de Lavado de Activos; puesto que, como acabamos de señalar, a partir del propio tenor literal de la ley se descarta dicha posibilidad.

CUADRAGÉSIMO: Incluso, es pertinente precisar que, cuando el legislador, en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, utiliza la expresión «con excepción de *los actos* contemplados en el *artículo* 194° del Código Penal[89]; ello se obedece a un desacierto legislativo que tiene una explicación histórica. Esto es, desde que se cambió al modelo de ley especial (es decir, la regulación del lavado de activos fuera del Código Penal), todas las leyes posteriores, de forma mecánica, solamente exceptuaron expresamente, de los delitos previos, el artículo 194° del Código Penal[32]; pero ello se debió a que fue la única forma de Receptación que conoció el legislador de 1992. Hasta la actualidad, el legislador no ha tomado noticia de que, entretanto, existen otros tipos de receptación: la distribución ilícita de señales de satélite codificadas (artículo 194°-A), y las formas agravadas de receptación (artículo 195°), aplicable en caso de que la "receptación" se tratara de bienes provenientes de la comisión de delitos de secuestro, extorsión y trata de personas[90].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, en nuestra legislación vigente, no cualquier delito puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. Ahora bien, ¿cuáles son esos "otros delitos" que tampoco constituyen delito fuente de Lavado de Activos? El legislador no dice nada al respecto; por lo que la vulneración a la lex certa, que se hace con el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, es manifiesta; resultando indispensable identificar criterios para una interpretación de la norma acorde con la exigencia de lex certa, como componente del principio constitucional de legalidad penal sustancial.

El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, ¿Se subsume dentro de la cláusula abierta «o cualquier otro con ***capacidad de generar ganancias ilegales» ?; y, por tanto,*** ¿constituye delito fuente o delito previo del delito de Lavado de ***Activos?***

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Tal y conforme se precisó en el considerando octavo de la presente Sentencia de Casación; en el presente caso, se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento

---

89 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El* delito de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 224 y ss.

90 IBÍDEM, p. 224.

de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Esta última causal ya fue objeto de pronunciamiento de fondo, en los considerandos vigésimo quinto y trigésimo tercero; por lo que corresponde, ahora, determinar si la Sala Superior ha incurrido también en la causal de indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal; esto es, del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En el caso de autos, el Ministerio Público, al Formalizar Investigación Preparatoria contra JADER HARB RIZQALLAH GARIB; consideró que el delito contra el patrimonio, en la modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, sí constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; criterio que fue compartido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Contrariamente a ello, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; postuló, como argumentos centrales de su recurso de Casación bien concedido, que considerar el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, como delito fuente del delito de Lavado de Activos; implica una errónea interpretación e indebida aplicación de la Ley Penal -esto es, del artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106-; y, además, un claro apartamiento de la doctrina jurisprudencial. Al respecto, habiendo ya constatado la existencia de un apartamiento de la doctrina jurisprudencial; queda por determinar si en el Auto de Vista recurrido, la Sala Superior ha incurrido en una errónea interpretación y/o indebida aplicación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Si bien, el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se refiere al delito previo como una "actividad criminal" y menciona expresamente delitos especialmente graves; sin embargo, al final utiliza una cláusula general que permite abarcar cualquier figura delictiva al consignar: «O *cualquier* otro con capacidad de generar ganancias ilegales». Con esta nueva redacción del dispositivo legal, lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta); pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que -de acuerdo con una interpretación meramente literal-cualquier figura que genere ganancias, podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos[91]; incluyendo el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

---

[91] GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 578.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En nuestro sistema penal, no se asume un sistema de catálogo cerrado, ni se establece expresamente un criterio de gravedad de los delitos previos del delito de Lavado de Activos; sino que se hace una enumeración ejemplificativa de aquellos, cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos[92]. Al respecto, mientras un catálogo cerrado favorecería de manera absoluta la determinación de la medida de lo típicamente relevante, la utilización de una cláusula abierta como «u otras con capacidad de generar ganancias», implica no solamente dejar abierto un campo de ponderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la función judicial la concreción del significado de dicha expresión y de su contenido valorativo; con el peligro de que el Juez pueda manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento; esto es, arbitrario.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, una interpretación meramente literal de la frase «o *cualquier* otro con capacidad de *generar* ganancias»; resulta insuficiente para determinar si, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1106, el delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. En ese sentido, es importante anotar que: «Un punto especialmente complejo dentro de las decisiones de política criminal tomadas en nuestro tiempo, es el relativo a los enunciados típicos que asumen la noción de lucha, ya sea contra el terrorismo, la criminalidad organizada o los crímenes transnacionales. El adelantamiento de la punición y la formulación de conceptos normativos se plantean como un gran desafío»[93]. Por lo que, ante la oscuridad manifiesta del legislador; corresponde observar lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política, donde se establece que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: El criterio esencial para la interpretación de la ley penal, se encuentra en la determinación del fin de la regulación (telos). De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial, más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez, encargado de utilizarla para la solución de un caso

---

92 IBÍDEM, p. 577.

93 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido* de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 466

concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley[94]. Ante situaciones donde la legislación penal -como es el caso de la lucha contra el Crimen Organizado- no puede renunciar a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, necesitados de concreción, se verifica la concurrencia de las dos instancias implicadas en el desarrollo de la norma. Así, el legislador y la jurisprudencia actúan a través de una colaboración en la que se reparten el trabajo y determinan lo que es punible. En tal caso, la indeterminación de una ley no se puede juzgar en general, solamente teniendo en cuenta su texto, sino, de manera adecuada, integrando las posibilidades de interpretación judicial de tal ley[95]. Sobre la base de estas premisas corresponde, en consecuencia, determinar si el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, se encuentra o no dentro del alcance de la cláusula abierta: «o cualquier otro con capacidad de *generar ganancias ilegales»;* contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, si revisamos el contexto del Derecho Internacional Público, la conveniencia de establecer un criterio de restricción -respecto a los delitos que pueden constituir delito fuente del Lavado de Activos-, es resaltada en diversos instrumentos internacionales; como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En esa misma línea, si atendemos al Derecho Comparado; en diversos ordenamientos legislativos de otros países, se hace una restricción de los delitos previos por medio de una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el criterio del umbral)[96]. El criterio de la lista taxativa, es utilizado en países como Chile, Colombia y Uruguay[97], y hasta hace poco fue asumido también por la normativa penal brasilera. El criterio del umbral, por su

---

94 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal. *Parte General,* 2da ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 286.

95 Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *El* sentido de *los* principios penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 462.

96 IBÍDEM, p. 576.

97 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito* de *Lavado* de Activos. *Delito Fuente,* 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 186 y ss.

parte, fue seguido por la regulación española hasta hace algunos años[98]. Pero, en todo caso, lo que queda claro es que no todos los delitos pueden constituir delito fuente del Delito de Lavado de Activos; sino solo aquellos que presentan cierta entidad; esto es, solamente los delitos graves; no siendo el caso del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, por cuanto no reviste gravedad.

QUINCUAGÉSIMO: Por otra parte, de acuerdo con una interpretación histórica del delito de Lavado de Activos; es importante resaltar que en la ley penal contra el lavado de activos anterior (Ley N° 27765), el artículo 6° hacía una enumeración de la clase de delitos previos que podían dar lugar a un delito de lavado de activos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.), pero había la posibilidad de considerar también a otros delitos "similares"[99]. La exigencia de una "similitud" con los delitos expresamente mencionados, permitía concluir que, no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados[100]. Esta conclusión se correspondía, además, con lo establecido en el fundamento §5.30 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, donde -a partir de una interpretación sistemática y teleológico-, se concluyó que, por delitos "similares", debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Asimismo, es el propio legislador quien ha denominado al Decreto Legislativo N°1106, como «Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado». Por lo que, las disposiciones legales contempladas en dicha norma, deben interpretarse en función, principalmente, de la represión de conductas relacionas directamente con el Crimen Organizado; lo que implica, necesariamente, la referencia a delitos que revisten considerable gravedad. Precisamente, los delitos fuente incluidos en la lista del segundo párrafo del artículo 10° de la norma acotada; son delitos en los que claramente se identifica, la producción causal de un resultado económico surgido a partir de un acto delictuoso; constituyen, además, delitos de especial gravedad [minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, el

---

98 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

99 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

100 IBÍDEM, p. 577.

secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, y los delitos aduaneros].

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de "generar ganancias ilegales"; sin embargo, una interpretación histórica, de *ratio legis,* sistemática y teleológico; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente -subsumibles en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias *ilegales*»-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, previsto en el artículo 198° del Código Penal, no constituye delito fuente del delito Lavado de Lavado de Activos; al no revestir gravedad; lo cual se evidencia en cuatro planos: i) en el plano *sustantivo;* la penalidad conminada es escasa [no menor de uno ni mayor de cuatro años], lo cual implica que el legislador no pretende asegurar la imposición de una pena privativa de libertad efectiva; ii) en el plano procesal; en materia cautelar, se trata de un delito que nunca motivaría un requerimiento de prisión preventiva; ya que no cumple con el requisito de *prognosis* de pena; y ello por más peligro procesal que hubiere; iii) en el plano procesal; se enmarca dentro del grupo de delitos que, por lo general, se van a resolver en sede de negociación procesal; iv) en el plano *criminológico;* se agrupa dentro de los delitos con poca incidencia judicial; esto es, que son resueltos, por lo general, en sede extrajudicial.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Si bien, desde un plano abstracto, la comisión del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podría generar ganancias económicas a su autor; ello también podría predicarse, siempre abstractamente, de cualquier otro delito; por lo que es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad del delito fuente; conforme a los criterios establecidos en el considerando precedente.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: De otro lado, siendo el delito fuente un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos; la imputación debe comprender, mínimamente, el hecho o suceso fáctico que generó las ganancias ilegales; el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió; todo ello, para garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado. Si

solo se hace referencia al nomen *iuris* del delito fuente, sin precisar ningún dato adicional; entonces, no habrá delito fuente; y, en consecuencia, faltará un elemento normativo del tipo objetivo, deviniendo la conducta imputada en atípica. En el caso de autos, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, al formalizar Investigación Preparatoria contra el investigado recurrente, solo hizo referencia al nomen *iuris* del delito fuente (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas); sin precisar ningún otro dato adicional; a pesar que a dicho investigado se le atribuye un presunto "Autolavado". En consecuencia, el hecho que se le imputa resulta atípico.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Al respecto, este Supremo Tribunal, considera que para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe. ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de lex cerca.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: La indebida aplicación y la errónea interpretación de la Ley Penal, son formas de infracción de la ley material; previstas como causales de casación en el inciso 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. «La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos, que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (...), el error recae en la norma aplicable que se escogió»[101]. De otro lado, existe errónea interpretación cuando «el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido (...). En otras palabras, los procesos de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna distintos o contrarios a su contenido»[102].

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Superior utilizó la norma aplicable al caso -esto es, el segundo párrafo del artículo 10° del

---

[101] SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 1ra ed., Lima: INPECCP, 2015, p. 738.

[102] IBÍDEM, p. 738.

Decreto Legislativo N° 1106-; pero la interpretó erróneamente; al sostener que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas podía subsumirse en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias»; con lo cual, incurrió en la causal de errónea interpretación de la Ley Penal. En efecto, dicho Colegiado Superior consideró que el delito de Fraude en la administración de personas jurídicas constituye delito fuente de lavado de activos, por estar comprendido dentro de la cláusula abierta tan mencionada; sin embargo, no nos dio razones ni utilizó algún método de interpretación de dicha disposición. La interpretación correcta de la referida cláusula, a criterio de este Supremo Tribunal, es que solo constituirá delito fuente del delito de lavado activos- además del listado del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106- aquél que reviste gravedad, en función a la pena conminada; y, tiene capacidad para generar ganancias ilegales. A esta conclusión se arriba en base a una interpretación histórica, sistemática y teleológico de la referida disposición legal. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, también por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal.

LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Conforme a los criterios desarrollados por la Corte Suprema, en la Casación N° 407-2015/Tacna: «la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el artículo 6, apartado 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal:

1. El hecho no constituye delito.
2. El hecho no es justificable penalmente.

El primer punto abarca la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria -son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena- [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO. Derecho Procesal Penal. Lecciones, Lima: INPECCP, 2015, página 284][103].

SEXAGÉSIMO: En el presente caso, por el propio planteamiento de la defensa técnica; no corresponde analizar si el hecho no es justiciable penalmente,

---

[103] Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N°407- 2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Cuarto. (Ponente: San Martín Castro)

sino si los hechos atribuidos al procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, constituyen o no delito. En ese sentido, procesalmente debe determinarse, en el caso de esta excepción, si se presenta una cuestión de derecho penal material, que niega la adecuación típica del hecho imputado, o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Ahora bien, para deducir una excepción de improcedencia de acción, se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de *subsunción* normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-[104]. [Recuso de Nulidad número seiscientos veintiocho guion dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, siendo el delito previo o precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos; y estando a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, postulado por el Fiscal como delito fuente, no se encuentra dentro de los alcances de la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; entonces, la conducta imputada al investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB es atípica, por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las conductas típicas previstas en los artículos 1°, 2° y 3° de dicho Decreto Legislativo, concordante con el artículo 10° ya acotado; por lo que de seguir la Investigación Preparatoria abierta contra dicho investigado, la finalidad de la misma sería reprimir simples actos de transferencia de dinero a través del sistema bancario, en clara transgresión del principio de legalidad penal. En consecuencia, la Excepción de Improcedencia de Acción, deviene en fundada; por cuanto los hechos investigados por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, son atípicos; es decir, no constituyen delito. Siendo de aplicación lo previsto en el segundo párrafo

---

[104] Véase, Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Quinto. (Ponente: San Martín Castro)

del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal que señala: «Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente».

SEXAGÉSIMO TERCERO: Dada la naturaleza del asunto objeto de decisión, este Supremo Tribunal dispone que los fundamento décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para los órganos jurisdiccionales penales, diferentes a la propia Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3, del Código Procesal Penal.

143

§143. La prueba del elemento normativo del tipo "origen ilícito de los bienes"

Recurso de Nulidad	3036-2016- LIMA
Fecha	10 de julio de 2017
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Figueroa Navarro, Pacheco Huancas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo Nº 1106.

RESUMEN:

Corresponde al Ministerio Público acreditar el origen ilícito de los bienes y no al procesado justificar la procedencia legal de los mismos. La existencia de un desbalance patrimonial no justificado, es insuficiente, per se, para imputar el delito de Lavado de Activos; de lo contrario se estaría legitimando una inversión de la carga de la prueba, en contra del debido proceso. La prueba –directa o por indicios- del origen ilícito de los bienes, no puede limitarse a la simple enunciación de un listado de procesos o investigaciones en las cuales se haya visto o se encuentre inmerso el procesado; reducir la certeza a una simple sospecha, trasgrede el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa; por ende, es necesario acreditar: i) el vínculo normativo existente entre el desbalance patrimonial o incremento patrimonial injustificado del procesado; lo cual implica, probar también, ii) que se trata de un hecho o de los hechos precedentes idóneos para generar ganancias de cantidad significativa, que expliquen la realización de actos de lavado a lo largo del periodo de tiempo comprendido en la imputación.

FUNDAMENTOS:

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

DÉCIMO PRIMERO: [Precisiones sobre el objeto del presente pronunciamiento] De acuerdo con la delimitación de agravios realizada por esta Sala Penal Suprema; debe considerarse firme y consentido el extremo de la sentencia de vista que resuelve, declarar de oficio, fundada la Excepción de Naturaleza de Acción a favor de los procesados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; por los hechos imputados hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986 [Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos]. A criterio del Tribunal Superior, el texto primigenio de la Ley N° 27765 no sancionaba la figura del ***Autolavado.*** Fue recién el Decreto Legislativo N° 986, la norma que incorporó, a nuestra legislación nacional, la posibilidad de que el agente generador del delito fuente pueda ser investigado, a su vez, por el delito de Lavado de Activos; rigiendo ello a partir del ***22 de julio de 2007.*** Los actos desplegados antes de esta fecha, por los procesados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; carecen, en consecuencia, de relevancia penal.

DÉCIMO SEGUNDO: El Ministerio Público, a folios 28815, interpone recurso de nulidad únicamente respecto del extremo absolutorio de la Sentencia de Vista. Del mismo modo, la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Activos, en su recurso de nulidad de folios 28726, presentó agravios solamente respecto de los procesados que fueron absueltos en la sentencia de vista. En vista de lo expuesto, corresponde señalar que la Constitución Política, en su artículo 139°, inciso 2), establece ***que:*** «[N]inguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución». ***El Tribunal Constitucional, al dotar de contenido a dicho atributo ha sostenido que*** «[M]ediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, *(...)* a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó»[1]. ***En consecuencia, esta Sala Penal Suprema no puede pronunciarse respecto de la imputación por*** actos de ***Autolavado*** que, por haber tenido lugar antes del 22 de julio de 2007, fueron considerados hechos atípicos por el Tribunal Superior.

DÉCIMO TERCERO: [Leyes Penales aplicables] Respecto de los hechos imputados hasta el 21 de junio de 2007, corresponde aplicar la Ley N° 27765, "Ley Penal contra el Lavado de Activos". Y, con respecto a los hechos imputados a partir del 22 de julio de 2007, debe atenderse al contenido del Decreto Legislativo N° 986, "Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765". Por último, conviene aclarar que el Decreto Legislativo N° 1106, "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado", no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que, de acuerdo con el contenido de la acusación fiscal, no es objeto de imputación ningún hecho acaecido durante la vigencia de esta última norma.

DÉCIMO CUARTO: [Estructura típica del delito de Lavado de Activos]

Atendiendo al contenido de la Ley N° 27765, "Ley Penal contra el Lavado de Activos", y su modificatoria -mediante Decreto Legislativo N° 986-, es posible observar con claridad que la estructura típica del delito de Lavado de Activos exige la concurrencia de los siguientes elementos normativos: ***a)*** la realización de alguno o algunos de los verbos rectores [convertir, transferir, adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder]; ***b)*** que esas acciones recaigan sobre bienes [dinero, efectos o ganancias] cuyo ***origen ilícito*** conozco o pueda presumir el agente, y; ***c)*** que la conducta del agente dificulte [en el caso del Decreto Legislativo N° 986] o tenga por finalidad evitar [en el caso de la Ley N° 27765] la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Por tanto, en el caso concreto, corresponde verificar si la imputación efectuada por el Ministerio Público reúne la carga probatoria suficiente para acreditar estas características propias del delito de Lavado de Activos.

DÉCIMO QUINTO: [Sobre la prueba del ***origen ilícito*** de los bienes] **El *origen ilícito*** de los bienes constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos (no se trata de una condición objetiva de punibilidad) . En ese sentido, al igual que cualquier elemento del tipo penal, forma parte de la carga probatoria del Ministerio Público; a quien corresponde -ya sea mediante prueba directa o indiciaria- reunir los elementos de prueba suficientes que le permitan al Juez superar la duda razonable respecto de su concurrencia. Sin embargo, la interrogante de fondo es: ¿Cuándo el Juez obtiene certeza del ***origen ilícito*** de los bienes? Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ya ha señalado que para poder hablar de un delito de Lavado de Activos, ***«ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar»***[3]. De lo cual brota una exigencia para el titular de la persecución penal: acreditar que

las supuestas ganancias económicas del agente, su enriquecimiento desmedido o su incremento patrimonial injustificado, proviene de un origen ilícito; lo que presupone la existencia de un delito fuente.

DÉCIMO SEXTO: La actividad delictiva precedente no puede quedar al margen de la actividad probatoria. Así, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010, se estableció que ***"el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad"***. Ahora bien, ¿cuál es el estándar requerido para acreditar el ***origen ilícito*** de los bienes? Sobre este punto, en el fundamento §5.35 del Acuerdo Plenario en mención, se señaló que: «***El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita, en atención a las circunstancias del caso concreto, la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general***». Esta afirmación que, a simple vista, pareciera un argumento en pro del relajamiento de la actividad probatoria en torno al origen ilícito de los bienes, sin embargo, no lo es en absoluto; puesto que es la propia Corte Suprema quien aclara tal incertidumbre, al señalar -dentro del mismo fundamento §5. 35° antes citado- que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito».

DÉCIMO SÉPTIMO: A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente, la Corte Suprema ha exigido: «***(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales,*** que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y ***(ii)*** que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias»[4]. ***De acuerdo con estos lineamientos jurisprudenciales, lo realmente exigido es la*** acreditación necesaria ***de que los bienes, inicialmente bajo*** sospecha simple ***y, luego, bajo*** sospecha suficiente, ***tuvieron su origen en una actividad delictiva previa***[5]. ***Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia,***

una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar probatorio requerido para obtener certeza respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos.

DÉCIMO OCTAVO: El desarrollo jurisprudencial antes expuesto, coincide con la interpretación que recientemente ha venido desarrollando la ciencia jurídico-penal, respecto del elemento típico "origen delictivo" de los bienes; así como de su prueba y vinculación con la realización de los verbos rectores del delito de Lavado de Activos. Así, se señala: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito son los que constituyen objeto del lavado de activos». En ese sentido, «Para arribar a una condena por lavado de activos bastará con **acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo** -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra de lavado». Por otra parte, «En cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo».

DÉCIMO NOVENO: «No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general»; en consecuencia, la tesis acusatoria del Ministerio Público debe delimitar y explicar, razonablemente, la idoneidad del hecho ilícito precedente para producir las ganancias ilícitas que registra el desbalance o incremento patrimonial injustificado del agente. «El núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un ***'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó los bienes ilícitos***». Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas exigencias si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin mayores especificaciones. «Por ello, la alegación de que 'únicamente se debe probar el ***origen ilícito*** de los bienes y no la ***actividad criminal previa*** que produjo dichos bienes' resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba» pues resulta materialmente imposible probar

el "origen ilícito" de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias- provienen.

VIGÉSIMO: [Estructura y motivación de la prueba indiciaría] Es posible acreditar, mediante prueba indiciaria, el origen ilícito de los bienes; para lo cual, en primer lugar, debe sustentarse la ***concurrencia*** de tres indicios sustanciales; esto es: ***i)*** El patrimonio injustificado; esto es, que no pueda explicarse razonablemente su origen legal; ***ii)*** la realización de operaciones mercantiles y/o económicas irregulares; por ejemplo, la creación y extinción sucesiva de personas jurídicas; el manejo de inusuales cantidades de dinero en efectivo, etc.; y, ***iii)*** la existencia de vínculos con personas o grupos criminales. Estos indicios, cabe recalcar, deben ser concurrentes.

VIGÉSIMO PRIMERO: Es importante resaltar, en segundo lugar, que no basta la mera enunciación de los indicios. La suficiencia de la prueba indiciaria, para enervar la presunción de inocencia, exige su motivación por parte del Tribunal de mérito; de conformidad con lo impuesto en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política. En este sentido, en el considerando Quinto de la Casación N° 628-2015/Lima, del 05 de mayo del 2016, la Corte Suprema ha señalado que: «En materia de prueba indiciaría, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, «en la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno]»[13]. ***En el caso del delito de Lavado de Activos, los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes; por ejemplo, la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias del acusado. La prueba indiciaria se ve reforzada cuando, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, por su total carencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada. Corresponde, por tanto, en función de los*** agravios expuestos por los recurrentes, determinar si la sentencia de vista cumple con los presupuestos descritos en los considerandos anteriores.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE AGRAVIOS.

VIGÉSIMO TERCERO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado David Walter Soto Aranda] A fin de acreditar el origen ilícito de los bienes, presuntamente convertidos y transferidos por el sentenciado David Walter Soto Aranda; el Ministerio Público -véase punto IV.2.17 (folios 23269) de la Acusación Fiscal, se limitó a enumerar una lista de antecedentes policiales, judiciales e investigaciones fiscales, en los que aquél se habría visto involucrado, procesado o investigado; antecedentes que datan de los años 1998, 2000, 2001,2002, 2003, 2004, 2005, 2008 y 2010; todos relacionados con el delito de Tráfico Ilícito de Drogas; sin precisar, no obstante, cuáles son los cargos que, en cada uno de tales "hechos precedentes", se le atribuyen al recurrente.

VIGÉSIMO CUARTO: Por su parte, el Tribunal Superior, en el fundamento 8.1.1., in fine, ***de la Sentencia de Vista, señaló que: «A*** fojas 22947/22959 obra la sentencia absolutoria y ejecutoria suprema del acusado [David Walter Soto Aranda] por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas por hechos ocurridos en el 2001 y a fojas 22960/22972, la sentencia absolutoria consentida por Tráfico Ilícito de Drogas a favor del acusado [David Walter Soto Aranda], por

hechos ocurridos en el año 2002, en nuestro país». ***Ahora bien, en el fundamento 8.1.2 de la Sentencia de Vista, el Tribunal Superior circunscribió el origen ilícito de los bienes, únicamente al delito de Tráfico Ilícito de Drogas que data del año 1998, por el cual fue condenado el recurrente ante el 11°*** Juzgado de Crimen de Santiago de Chile; precisando, no obstante, que se desconoce el contenido de dicha sentencia condenatoria.

VIGÉSIMO QUINTO: Sobre el particular, sin embargo, no existe motivación alguna; esto es, el Tribunal Superior omite señalar y fundamentar cuál es el razonamiento que le permitió obtener convicción de que -a pesar del desconocimiento del contenido de la sentencia condenatoria expedida por los tribunales chilenos en el año 1998-, es posible acreditar, más allá de toda duda razonable, que el sentenciado David Walter Soto Aranda realizó actos típicos de ***conversión*** y ***transferencia*** de bienes de origen ilícito en los meses de diciembre de 2007 y febrero de 2009; y cómo es que con ello logró dificultar la identificación de tal origen, su incautación o decomiso [atendiendo al contenido del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 986].

VIGÉSIMO SEXTO: Por otra parte, el Tribunal Superior delimitó el marco temporal de imputación al sentenciado David Walter Soto Aranda; considerando típicas únicamente las conductas consistentes en: a) La constitución de la empresa Sociedad Minera de Responsabilidad Cushpi Tuna Cancha el 13 de diciembre del 2007, habiendo aportado el procesado la suma de S/. 1,000.00 nuevos soles, ***(acto de conversión);*** y, b) La venta del vehículo de placa de rodaje N° CGM- 042, del 05 de febrero del 2009, a Yibes Nely Soto Aranda, por la suma de US$ 5,000.00 dólares americanos, ***(acto de transferencia).*** Atendiendo a esta delimitación del marco temporal, resultaba imprescindible fundamentar la existencia de un vínculo razonable entre el supuesto delito fuente, cuya data es del año 1998, con la realización de actos típicos de conversión y transferencia, ejecutados recién luego de haber transcurrido casi una década.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En la Sentencia de Vista no se aprecia, sin embargo, en qué razonamiento se basó el Tribunal Superior para obtener certeza de la configuración del elemento típico ***"origen ilícito" de los bienes,*** a pesar de haber transcurrido nueve años entre el delito fuente [que data de 1998] y el acto de conversión del año 2007; y once años entre aquél y el acto de transferencia del año 2009. Tal ausencia de motivación se agrava cuando el propio Tribunal Superior concluyó que el recurrente había desarrollado una actividad económica permitida -y, por tanto, lícita- hasta antes del 22 de julio de 2007 [en otras palabras, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986, que sí castigaba

el Autolavado]. Por tanto, se evidencia una ausencia de motivación por parte del Tribunal Superior respecto a: [i] cómo es que a partir del hecho ilícito acaecido en el año 1998, el sentenciado recurrente ha obtenido ganancias; [ii] de valor significativo para permitirle realizar actos de conversión y transferencia con ellas recién a partir de diciembre de 2007, esto es, después de casi una década de sucedido el delito fuente; asimismo, [iii] cómo es que el comportamiento del recurrente resultó idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable al momento de los hechos, Decreto Legislativo N° 986-, ***"dificultar la identificación" del origen, incautación o decomiso"*** de los bienes; y, finalmente, [iv] cómo es que las ganancias provenientes del delito fuente que data de 1998, permiten atribuirle la calidad de "financista" de un supuesto "clan familiar".

VIGÉSIMO OCTAVO: Por otra parte, las dos Pericias Contables -véase Dictamen Pericial Contable N° 89-07-2010-DIRANDRO/PNP, obrante a folios 1595/1616; y, Pericia Contable N° 01-02-2016, obrante a folios 27025/27047- se limitan a describir un desbalance patrimonial y un incremento patrimonial injustificado, por parte del procesado David Walter Soto Aranda, en el período comprendido desde enero de 1999 a diciembre de 2009; espacio de tiempo en el cual, conforme lo estableció el propio Tribunal Superior, el procesado desplegó, hasta el 21 de julio de 2007, un comportamiento permitido por la ley [atípico]. De lo anterior, sin embargo, se advierte que las Pericias Contables no resultan idóneas para determinar cuál es el patrimonio injustificado [por cuanto también han comprendido el periodo en el cual el Autolavado era atípico]; ni para explicar la relación entre el supuesto delito fuente [de 1998] y las operaciones irregulares de diciembre de 2007 y febrero de 2009.

VIGÉSIMO NOVENO: Tal como se mencionó en el considerando precedente, el Tribunal Superior no esgrime ningún argumento referido a la vinculación normativa y fáctica entre el supuesto delito fuente, acaecido en el año 1998, y su idoneidad para llevar a cabo un acto de conversión y un acto de transferencia, recién a fines del año 2007 y a comienzos del año 2009, respectivamente. En este orden de ideas, corresponde precisar que, respecto a la constitución de la empresa Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Cushpi Tuna Cancha, el procesado invirtió la suma de S/. 1,000.00 soles con fecha **13 de diciembre del 2007**; mientras que, respecto de la venta del vehículo marca Peugeot de placa CGM-04, la fecha de venta data del **05 de febrero del 2009**, por un monto de US$. 5,000.00 dólares americanos. Al respecto, no existe certeza para afirmar el origen ilícito de estos montos de dinero, por cuanto el procesado desarrollo una amplia actividad económica -en consideración del

propio Tribunal Superior: atípica y, por ende, permitida por la ley- por espacio de aproximadamente 8 años (desde 1999 hasta el 21 de julio de 2007); la misma que le generó ganancias; y, precisamente, el Tribunal Superior no ha fundamentado cómo es que la existencia de esas ganancias - lícitas-, no impide superar la duda razonable respecto del carácter típico de las operaciones de conversión y transferencia realizadas en diciembre del año 2007 y febrero del año 2009.

TRIGÉSIMO: Aunado a lo anterior, no se encuentra acreditado que el procesado David Walter Soto Aranda haya mantenido estático su dinero desde el año 1998 [fecha del supuesto delito fuente] y que lo haya convertido o transferido recién en diciembre de 2007 y en febrero de 2009. Por tanto, en este orden de ideas, existe duda razonable respecto a que el sentenciado recurrente haya realizado actos típicos de conversión y transferencia; no habiéndose fundamentado, siquiera mínimamente, cómo el Tribunal Superior obtiene certeza respecto de la vinculación entre dichas conductas y el delito fuente del año 1998. La ausencia de fundamentación, tal como sucede en la Sentencia de Vista, implicaría criminalizar ***ad infinitum*** toda la actividad económica del recurrente desde 1998 en adelante; soslayando, sin embargo, que en esa misma sentencia se llegó a la conclusión de que, por un amplio período de tiempo [hasta el 21 de julio de 2007], esa actividad económica estaba permitida por la Ley.

TRIGÉSIMO PRIMERO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado Héctor Soto Aranda] El sentenciado Héctor Soto Aranda se encuentra en una situación bastante similar a la de su coprocesado David Walter Soto Aranda. Así, a fin de acreditar el origen ilícito de los bienes, supuestamente ***convertidos*** y ***transferidos*** por el sentenciado Héctor Soto Aranda, el Ministerio Público -véase el punto IV.2.19 (folios 23270) de la Acusación Fiscal-, enumera una serie de antecedentes policiales, judiciales e investigaciones fiscales, en los que dicho sentenciado se habría visto involucrado, procesado o investigado; antecedentes que datan de los años 1993, 1995, 2001 y 2004; todos ellos relacionados con el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Por su parte, el Tribunal Superior, en el fundamento 8.2.1., ***in fine,*** de la Sentencia de Vista, circunscribe el hecho ilícito generador de los activos, a la información remitida por la Agregaduría de Carabineros de la Embajada de Chile -véase la Carta N° 57, de fecha 31 de mayo de 2010, obrante a folios 1911-, por la cual se señala que el procesado Héctor Soto Aranda, registra condena (expedida con fecha 29 de enero de 1993) de 5 años y un día de presidio por Tráfico Ilícito de Drogas. No obstante, el Tribunal Superior reconoce que el contenido de dicha sentencia condenatoria se

desconoce; y, aunado a ello, omite pronunciarse respecto del exhorto N° 3743, obrante a folios 15267 (vuelta), por el cual los Carabineros de chile informaron que el procesado Héctor Soto Aranda fue absuelto en segunda instancia y puesto en libertad el día 23 de febrero de 1996.

TRIGÉSIMO TERCERO: El Tribunal Superior, por otro lado, delimitó el marco temporal de imputación al procesado Héctor Soto Aranda, al periodo comprendido del 22 de julio del 2007 al 2009; considerando típicas únicamente las conductas consistentes en: a) La venta de la embarcación pesquera Garriancho I, con fecha **05 de marzo de 2009**, por la suma de US$ 9,800 dólares americanos, ***(acto de conversión);*** y, b) La adquisición, el **02 de diciembre de 2009**, de la camioneta rural Toyota Land Cruiser de placa A1Q-101 (antes RIQ- 555), **(acto de conversión)**, y la venta del mismo con fecha **08 de febrero de 2010**, por la suma de US$ 15,000.00 dólares americanos, ***(acto de transferencia)***.

TRIGÉSIMO CUARTO: Remitiéndonos a los fundamentos ya expresados en el considerando Vigésimo Quinto de la presente Ejecutoria Suprema; en la Sentencia de Vista, no se ha motivado cómo es que - a pesar del desconocimiento del contenido de la sentencia condenatoria expedida por los tribunales chilenos en el año 1993, y de la sentencia absolutoria de segunda instancia- posible alcanzar certeza respecto de la configuración típica del delito de lavado de activos y, en específico, respecto del origen ilícito de los bienes objeto de los supuestos actos de conversión y de transferencia. Asimismo, de modo similar a cómo se fundamentó en el considerando Vigésimo Séptimo de la presente Ejecutoria, tampoco se ha fundamentado el vínculo entre el presunto delito fuente -cuya data es del año 1993- con las operaciones económicas celebradas por el procesado Héctor Soto Aranda, en marzo y diciembre del año 2009, y en febrero de 2010.

TRIGÉSIMO QUINTO: Las operaciones económicas que se le imputan al sentenciado Héctor Soto Aranda como actos de conversión y de transferencia, se han realizado luego de dieciséis años de que tuvo lugar el supuesto delito fuente. En ese sentido, se ha omitido fundamentar el razonamiento que permite al Tribunal Superior obtener certeza del origen ilícito de los montos de dinero utilizados por el recurrente en los años 2009 y 2010; máxime cuando aquél desarrolló una amplia actividad económica hasta el 21 de julio de 2007, obteniendo ganancias que, al no encontrarse criminalizadas por la Ley en la figura de Autolavado, eran, por tanto lícitas; resultando que no se ha descartado que con esas mismas ganancias -lícitas-, haya realizado las operaciones económicas de marzo y diciembre del año 2009, y febrero de 2010.

TRIGÉSIMO SEXTO: Por otra parte, las Pericias Contables de cargo se limitan a describir un desbalance patrimonial por parte del recurrente hasta el año 2010. Sin embargo, ninguna de las pericias ha tomado en cuenta que dentro de todo ese periodo de tiempo, existió un sub periodo (todo el anterior al 22 de julio de 2007), en el cual, conforme lo reconoce el propio Tribunal Superior, el procesado desplegó un comportamiento permitido por la Ley. En ese sentido, las Pericias Contables de cargo no precisan el monto exacto, o si quiera aproximado, de desbalance patrimonial o incremento patrimonial injustificado acaecido en el periodo de tiempo del 22 de julio del 2007 al año 2010; único periodo de tiempo respecto del cual el Tribunal Superior consideró que sí se encontraba criminalizado el ***Autolavado.***

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: No se ha acreditado que el procesado Héctor Soto Aranda haya mantenido estático bienes o dinero proveniente del supuesto delito fuente del año 1993, y que los haya empleado - convirtiéndolos y transfiriéndolos- recién dieciséis años después. Del mismo modo, tampoco se ha acreditado el recurrente haya obtenido ganancias ilícitas tan significativas como para realizar su blanqueo a lo largo de todo ese periodo de tiempo. No se aprecia certeza, por tanto, de que el comportamiento del recurrente, en el año 2009 y 2010, sea un comportamiento idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable a partir de este periodo; Decreto Legislativo N° 986- [convertir y transferir dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y] "***dificultar la identificación de su origen, su incautación o decomiso***". Por un lado, no se ha explicado cómo es que ese dinero sigue teniendo un origen ilícito, y que no proviene de la actividad económica permitida por la ley, desplegada por el recurrente antes del 22 de julio de 2007; y, por otro, tampoco se ha precisado cómo se obtiene convicción sobre la idoneidad de tales comportamientos para dificultar -dieciséis años después de que tuvo lugar el supuesto delito fuente- el origen ilícito de los bienes.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Existe duda razonable, por tanto, de que el recurrente haya realizado actos de ***conversión*** y de ***transferencia*** típicos de Lavado de Activos; no habiéndose demostrado que dichos actos se encuentren vinculados, de modo directo, con activos de origen ilícito; máxime cuando el Tribunal Superior vincula, únicamente, la conducta del procesado con sus antecedentes por tráfico ilícito de drogas que datan del año 1993, conforme se desprende del fundamento 8.2.111 de la Sentencia de Vista; habiendo transcurrido un periodo de dieciséis años entre tal supuesto delito fuente y el primer acto de conversión imputado [venta de embarcación pesquera Garriancho I, con fecha 05 de marzo de 2009].

No es acorde con la Constitución, por infringir el deber de motivación judicial, criminalizar ***ad infinitum*** toda la actividad económica del recurrente desde 1998 en adelante; sin explicar cuál es el razonamiento jurídico y la actuación probatoria que permite tal convicción; máxime, cuando en el presente caso, el Tribunal Superior consideró que, por un amplio período de tiempo [hasta el 21 de julio de 2007], la actividad económica del recurrente estuvo permitida por la Ley [carecía de relevancia penal].

TRIGÉSIMO NOVENO: En resumen, se evidencia una vulneración al deber de motivación por parte del Tribunal Superior respecto a: [i] cómo es que a partir del hecho ilícito acaecido en el año 1993, el sentenciado recurrente ha obtenido ganancias; [ii] de valor significativo para permitirle realizar actos de conversión y transferencia con ellas después de transcurridos dieciséis años [el acto de transferencia imputado es del 08 de febrero de 2010]; y, por ende, [iii] cómo es que tales ganancias permiten atribuirle la calidad de "financista" de un supuesto "clan familiar".

CUADRAGÉSIMO: [Respecto de los agravios expuestos por la sentenciada Perla Milagros Chavarry Villavicencio de Soto] Tal como consta en el fundamento 8.2.2 y siguientes, de la Sentencia de Vista, a la procesada Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto se le imputa haber desplegado actos típicos de conversión y transferencia, tanto en sociedad conyugal con Héctor Soto Aranda como a título individual, en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2009. Al respecto, el delito fuente señalado en la Sentencia de Vista para sustentar tal imputación, es el delito de tráfico ilícito de drogas, «***en el que se ha visto involucrado Héctor Soto Aranda, habiendo sido condenado por el 2° Juzgado del Crimen de Melipilla (Chile) el 29 de enero de 1993, por lo que tiene un desbalance patrimonial de S/. 1135,240.87 nuevos soles, según se advierte del dictamen pericial contable N° 081-07-2010-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN.E2 corriente de folios 1423/1457***». Se advierte, en consecuencia, que la sentencia impugnada justifica la imputación en contra de Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto, sobre la base de dos premisas: ***i)*** que el entonces cónyuge de la recurrente -Héctor Soto Aranda-, fue condenado en Chile por el delito de tráfico ilícito de drogas; y, ***ii)*** la existencia de un desbalance patrimonial no justificado en la sociedad conyugal.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En lo referido al delito fuente señalado por el Tribunal Superior para sustentar la condena en contra de la recurrente; cabe observar que la Sentencia de Vista adolece de indebida motivación; por cuanto, si bien es cierto -véase folios 1911-, los Carabineros de Chile informaron que

Héctor Soto Aranda fue condenado por Tráfico Ilícito de drogas, imponiéndosele 5 años y 1 día de presidio; sin embargo, conforme también se tiene del exhorto obrante a folios 15267, los Carabineros de chile informaron que el procesado Héctor Soto Aranda fue absuelto por sentencia de segunda instancia, y puesto en libertad el día 23 de febrero de 1996. El Tribunal Superior omitió valorar esta última información; no explicándose cuál es la relación existente entre una sentencia absolutoria sobre el delito fuente, y la presunción del origen ilícito de los bienes de Héctor Soto Aranda y de Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto. Si bien es cierto que para la configuración del delito de Lavado de Activos no se requiere la existencia de una sentencia condenatoria por el delito fuente, ello no exime al Juzgador del deber constitucional de debida motivación de las resoluciones.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: La Fiscalía Suprema, en su dictamen -que obra en el cuadernillo Supremo- sostiene que la sentencia condenatoria de primera instancia, y la absolutoria de segunda instancia, podrían obedecer a causas o procesos diferentes. Esta conclusión, sin embargo, implica una suposición no sustentada en prueba, en tanto no se cuentan con las sentencias en cuestión sino únicamente con documentos que dan cuenta de ellas, esto es, oficios y/o cartas emanadas de las autoridades chilenas competentes. Más aún, la conclusión de la Fiscalía Suprema no resulta posible, en el caso concreto, por cuanto la única sentencia condenatoria de la que se tiene noticia, fue la que condenó al procesado Héctor Soto Aranda a 5 años y 1 día de presidio, el cual habría vencido recién en 1998; no obstante, el citado procesado fue puesto en libertad ***2 años antes*** -esto es, el 23 de febrero de 1996-, por mandato de una sentencia absolutoria de segunda instancia.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En este orden de ideas, el delito previo o delito fuente, consistente en tráfico ilícito de drogas, no solo no ha sido debidamente acreditado, sino que para probarlo se cuenta únicamente con una sentencia absolutoria al respecto; por lo que corresponde atender a lo previsto en el fundamento §5.35 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; esto es, que: «no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito»; certeza que, en el presente caso, no existe. Por lo que, este elemento típico del delito de lavado de activos -origen ilícito de los bienes- no ha podido ser acreditado; debiendo afirmarse la atipicidad de los hechos imputados que tuvieran como fundamento este delito fuente.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Por otra parte, en lo que respecta a la pericia contable de cargo; ésta estableció que la sociedad conyugal -nótese que dicha pericia no se realizó respecto del patrimonio individual de la recurrente Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto, sino respecto de "la sociedad conyugal"-, tenía un desbalance patrimonial no justificado. Al respecto, cabe observar que, a fojas 26110, obra la pericia contable de parte, que hace mención de una serie de falencias de las cuales adolecería el peritaje de cargo realizado por la Dirandro; el cual no habría reconocido los ingresos de la sociedad conyugal obtenidos por la venta de pescado, de una lancha pesquera, automóviles, así como del préstamo por parte de Esmeralda Chávarry; además, habría considerado como egresos una serie de importes, sin guardar una relación lógica. Según la pericia de parte, además, el patrimonio de la sociedad conyugal se encontraría justificado.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Superior, sin embargo, no ha motivado cuál es la razón por la que la pericia de parte tendría que ser dejada de lado, y prevalecer la de cargo; aspecto que, paradójicamente, sí se motivó en el caso de la pericia de parte de la procesada Ruth María Soto Aranda -véase el considerando quincuagésimo séptimo y quincuagésimo octavo de la presente Ejecutoria Suprema-; de lo cual se desprende que la Sentencia de Vista adolece de incongruencia; máxime cuando, respecto de la procesada Ruth María Soto Aranda, el Tribunal Superior sí desestimó la pericia de cargo, por cuando ésta no precisaba un pronunciamiento a título personal sino de la sociedad conyugal [tal como sucede en el caso de la procesada Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto], -véase el considerando quincuagésimo séptimo de la presente Ejecutoria-. Por estas razones, corresponde afirmar que el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal no ha sido fehacientemente acreditado; habiéndose transgredido el Principio de Valoración Completa o de Completitud, que exige acreditar los hechos sobre la base de todas las pruebas que hayan sido incorporadas y que sean esenciales y útiles para establecer los hechos[105].

CUADRAGÉSIMO SEXTO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado Heber Pedro Farfán Loyola] El Tribunal Superior

---

[105] *Al respecto, vid., Talavera Elguera, Pablo,* La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, *1ra ed., Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 120: El* Principio de Valoración Completa o de Completitud, «tiene una doble dimensión: primero, el juez determina el valor probatorio de cada prueba que tenga por objeto el mismo hecho y posteriormente considera las posibles versiones sobre este hecho, y en segundo lugar, se tiene en cuenta la dimensión global, la cual establece que previo a la redacción de los hechos probados se debe tener en cuenta todos los resultados probatorios obtenidos por el juez en la aplicación individual del principio».

considera que el origen ilícito de los bienes, se ha acreditado con: i) El Oficio N° 6302-2010-DGPNP/OCN-INTERPOL-DIVITID, de fecha 15 de abril del 2010 -obrante a folios 1917/1918-, procedente de la Oficina de Interpol Lima, mediante el cual se informa que Heber Farfán Loyola fue condenado a 8 años de cárcel y 40 millones de liras de multa, por el Tribunal de Milán **en el año 1994**; y, ii) La declaración del procesado Heber Pedro Farfán Loyola -obrante a folios 14684/14692- donde, aceptando tener dichos antecedentes, alegó que su condena fue por hacer entrega de un solo paquete. Asimismo, tal y como puede observarse del contenido literal de la Sentencia de Vista -véase el fundamento 8.4.1 de la misma-, el Tribunal Superior señala, expresamente, que desconoce el contenido de la sentencia condenatoria antes aludida.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Por otra parte, el Tribunal Superior delimitó el marco temporal de imputación al recurrente Heber Pedro Farfán Loyola, al periodo comprendido del 22 de julio del 2007 al 2010; considerando típica únicamente la conducta consistente en: ***a)*** Haber enviado remesas de dinero a la acusada Greis Ingrid Farfán Soto, ***hasta el año 2008,*** por un monto que fluctuaba entre US$ 200 a US$ 3,000.00 dólares americanos ***(acto de transferencia)***. Las otras dos conductas, realizadas después del 22 de julio de 2007, consistentes en la venta del vehículo de placa de rodaje N° BOU-089, con fecha ***19 de mayo de 2010 (acto de transferencia)***; y, el financiamiento e implementación del local donde funcionaría la empresa Aqua Day Spa; concretándose con la modificación del objeto social de la empresa Lupo Express SAC a Aqua Day Spa, el ***20 de enero del 2010 (acto de conversión);*** fueron materia de absolución, conforme se aprecia de la parte resolutiva de la sentencia impugnada. La misma que quedó consentida por el Ministerio Público y la Parte Civil.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: El Tribunal Superior, sin embargo, no ofrece argumentación, ni mayor razonamiento sobre el vínculo entre el supuesto delito fuente -cuya data es del año 1994- con la actividad económica realizada por el recurrente a partir del 22 de julio del 2007 hasta el año 2010; máxime cuando, atendiendo a la lógica esgrimida en la propia Sentencia de vista: hasta antes del 22 de junio de 2007, la actividad económica del recurrente se ha mantenido dentro del ***riesgo permitido;*** esto es, hasta antes de esa fecha, no ha existido ninguna conducta típica de lavado de activos por parte del recurrente Heber Pedro Farfán Loyola.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: El Tribunal Superior señala que, respecto del procesado Heber Pedro Farfán Loyola, «se advierte la existencia de un triple pilar indiciario, tales como el manejo de cantidades de dinero que por su

relevancia cuantitativa, y al tratarse de efectivo, ponen de manifiesto operaciones extrañas, las transmisiones dinerarias que se le atribuyen, así como la constatación de vínculos ***con actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas»***. Sin embargo, tal "triple pilar indiciario" no se aprecia como verdadero fundamento de la Sentencia de Vista. El Tribunal Superior ha señalado, en el fundamento 8.4.1 de la sentencia de vista, que desconoce el contenido de la sentencia expedida por el Tribunal de Milán; en ese sentido, no existe certeza de cuál es el grado de significancia o idoneidad de los bienes, supuestamente obtenidos ilícitamente en el año 1994, para su transferencia y conversión catorce años después [el acto de transferencia imputado es del año 2008].

QUINCUAGÉSIMO: Respecto del manejo de lo señalado por el Tribunal Superior respecto de las cantidades de dinero de relevancia cuantitativa, y las transmisiones dinerarias efectuadas por el recurrente; cabe precisar que en la Sentencia de Vista se ha sostenido la responsabilidad penal del recurrente, por la realización de una única conducta típica en concreto (de transferencia); consistente en el envío de remesas de dinero a la acusada Greis Ingrid Farfán Soto, hasta el año 2008; por un monto que fluctuaba entre US$ 200 a US$ 3,000.00 dólares americanos. Al respecto, en la Sentencia de Vista no se ha precisado cuál es la cantidad exacta o aproximada de las remesas enviadas; ni cuántas operaciones fueron exactamente; tan solo se dice, de manera general, que se realizaron "hasta el año 2008". En ese sentido, no se advierte cuál es la cantidad de dinero "de relevancia cuantitativa" que el Tribunal Superior atribuye al recurrente.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: En este mismo orden de ideas, se advierte del contenido de la Pericia Contable N° 063-12-2014-IN/PTID-LAVACTI-EC, ofrecida por la Procuraduría Pública, obrante a folios 26940/26981, que la misma se limita a describir un desbalance patrimonial en la sociedad conyugal conformada por Ruth María Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, entre los años 1999 y 2009; sin embargo, dicha Pericia Contable, no precisó, de manera individual, el patrimonio injustificado o desbalance patrimonial del procesado Heber Pedro Farfán Loyola, en razón a que no se contaba con la documentación necesaria para ello; así mismo, dicha pericia tampoco se centra en el periodo de tiempo del 22 de julio del 2007 al 2010; esto es, periodo en que sí se encontraba tipificado el autolavado, y al cual el propio Tribunal Superior circunscribió la imputación.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Con respecto a ***"la constatación de vínculos con actividades delictivas con el tráfico ilícito de drogas"***, y a lo señalado en el fundamento 8.4.6. de la Sentencia de Vista, respecto a que "se ***advierte que***

sus ingresos [lícitos] en Italia no eran en cantidad considerable"; no se precisó, siquiera mínimamente, en qué consistieron dichas actividades de tráfico ilícito de drogas en las que se habría visto inmerso el recurrente; ni bajo qué razonamiento se obtiene convencimiento de la idoneidad de tal delito fuente para haber dado lugar a actos de transferencia, mediante el envío de remesas de dinero, hasta el año 2008; y, de ese modo, colocar al recurrente en la imposibilitar de justificar que sus bienes provienen de fuente legal; máxime cuando el recurrente en todo momento alegó que fue absuelto del supuesto delito fuente.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: No se aprecia certeza, por consiguiente, respecto del origen ilícito de los bienes; máxime cuando en consideración del propio Tribunal Superior, con anterioridad a los actos de conversión y transferencia imputados, el recurrente desarrolló una amplia actividad económica no criminalizada por la Ley como autolavado, hasta el 21 de julio de 2007; actividad que, de acuerdo a las máximas de la experiencia, le habría generado ganancias lícitas; no habiéndose descartado que con estas mismas ganancias lícitas continuó con su actividad económica hasta el año 2010. En ese sentido, existe duda razonable de que el comportamiento del recurrente, a partir del 22 de julio de 2007, haya constituido un comportamiento idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable a partir de este periodo, Decreto Legislativo N° 986- [convertir y transferir dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y] ***"dificultar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".***

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: El Tribunal Superior no ha deslindado que la actividad económica del recurrente, en los años 2008 y 2010, provenga de la supuesta fuente ilícita que data de 1994; y no de la actividad económica lícita que el recurrente desplegó hasta antes del 22 de julio de 2007; en consecuencia, tampoco ha podido explicar la idoneidad de las conductas para dificultar el origen de bienes de procedencia ilícita; precisamente, por cuanto dicha calidad -origen ilícito- tampoco se ha podido demostrar. En ese sentido, el Tribunal Superior no ha superado la duda razonable, sobre la presunta responsabilidad penal del recurrente Heber Pedro Farfán Loyola.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Superior consideró que eran atípicos, respecto del delito de Lavado de Activos en la figura de "autolavado", todos aquellos actos que los procesados Héctor Soto Aranda, David Walter Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola realizaron hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986; imputándoles la comisión de actos de ***conversión*** y ***transferencia*** recién a partir de este periodo de tiempo. Atendiendo a dicha

delimitación del marco temporal de imputación, se deriva como consecuencia lógica que, en el caso de los tres sentenciados antes mencionados, tuvo lugar una ***mezcla de fondos ilícitos con fondos lícitos;*** esto es, una mezcla entre las ganancias supuestamente obtenidas del delito fuente, con las operaciones económicas realizadas antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986° -norma que, según el criterio seguido por el Tribunal Superior, recién vivo a criminalizar la figura del "autolavado"-; y, a la vez, entre dichas actividades económicas -por ende, lícitas-, con los actos de ***conversión*** y ***transferencia*** imputados.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Para la imputación de actos propios de Lavado de Activos, en el contexto de una ***mezcla de fondos ilícitos con fondos lícitos,*** se exige que el bien de origen delictivo revista «un nivel de significancia en el conjunto de los fondos»[106]; esto es, atendiendo al caso concreto, «exigir cierta entidad del dinero maculado para transmitir su naturaleza delictiva al fondo conjunto»[107]. Es por esa razón que, «como contrapeso a esta indefinición legal, se le exige al juez una motivación cualificada de su decisión que la hagan razonable y, por lo tanto, previsible. El nivel de significancia debe, por lo tanto, ser determinado por el juez en función de la incidencia del dinero sucio en la valoración económica de los fondos mezclados»[108]. En el caso de autos, sin embargo, además de la inexistencia de prueba suficiente, no existe motivación judicial respecto a la significancia o entidad de los bienes de origen ilícito o, en todo caso, a la idoneidad de los delitos fuentes para haber generado ganancias ilegales de considerable magnitud, que permitan imputarle a los recurrentes Héctor Soto Aranda, David Walter Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, la realización de actos de ***conversión*** y ***transferencia*** luego de haber transcurrido un vasto periodo de tiempo desde que tuvieron lugar los delitos fuentes; periodo en el que, además, aquellos desplegaron variada actividad económica permitida por la Ley [al no estar criminalizada la figura del "autolavado"].

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil respecto de la absolución de Ruth María Soto Aranda] En relación al delito previo, según la imputación esgrimida por el representante del Ministerio Público, los activos utilizados por la acusada Ruth María Soto Aranda, fueron proporcionados por Heber Farfán Loyola, quien, según se observa del Oficio N° 6302-2010 de la Interpol-Lima, obrante a folios

---

106 García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 592.

107 Ibídem, p. 592.

108 Ibídem, p. 592.

1917/1918, fue condenado por el Tribunal de Milán en el año 1994; advirtiéndose que en dicha fecha habría usado la identidad de Félix Manuel Loyola. A juicio del Tribunal Superior, solamente estos antecedentes podrían considerase como delito previo del delito de Lavado de Activos; debiendo descartarse, como tal, la sentencia absolutoria por el delito de tráfico ilícito de drogas, a favor de la procesada Ruth Soto Aranda, obrante a folios 25818/25819, de fecha 16 de julio de 1997. En consideración del Tribunal Superior -véase fundamento 8.6.1 de la Sentencia de Vista-, una ***sentencia absolutoria,*** dada su naturaleza, ***"no constituye delito previo del delito de lavado de activos procedente del tráfico ilícito de drogas";*** por tanto, ***"el extremo de la*** sentencia absolutoria de la acusada carece de relevancia probatoria"

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Estando a lo anterior, esta Sala Suprema se remite a los fundamentos ya expuestos en los considerandos cuadragésimo octavo y siguientes de la presente Ejecutoria; en el sentido de que, habiéndose circunscrito -por parte del Ministerio Público y del Tribunal Superior-, los activos de Ruth María Soto Aranda a la misma fuente ilícita imputada a Heber Pedro Farfán Loyola; corresponde concluir que, también en este extremo, no existe certeza del origen ilícito de los bienes; no teniéndose por acreditado dicho elemento normativo del delito de Lavado de Activos respecto de Ruth María Soto Aranda; por lo que, desde ya, carecen de objeto los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil respecto de dicha imputada.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Aunado a lo anterior, tampoco se ha acreditado la existencia de un desbalance patrimonial por parte de Ruth María Soto Aranda. Al respecto, como bien anota el Tribunal Superior en el fundamento 8.6.4 de la Sentencia de Vista; el Dictamen Pericial Contable N° 88-07-2010-DIRANDRO-PNP/OFICRI- UNITEFIN-E2, de folios 1558/1591, realizado a la procesada Ruth María Soto Aranda; carece de periodo determinado, al no haberse indicado el inicio de las actividades, según aparece en el rubro III. Base de la pericia, punto A. Alcance -véase folios 1561 -. Y, por su parte, la Pericia Contable N° 063-12-2014-IN/PTID-LAVACTI-EC, de folios 26940/26981; no precisa un pronunciamiento a título personal de la procesada Ruth María Soto Aranda, sino de la sociedad conyugal conformada por ésta y por Heber Farfán Loyola; máxime cuando dicha sociedad conyugal fue resuelta en el año 1997, según sentencia de divorcio obrante a folios 24207/24208.

SEXAGÉSIMO: El Tribunal Superior también ha valorado la pericia contable de parte, obrante a folios 19729/19757 -véase el considerando 8.6.5 de

la Sentencia de Vista-; además de los ***contraindicios*** -detallados en el considerando 8.6.14 de la recurrida-, consistentes en: i) La existencia de una sentencia de divorcio que justifica el envío de dinero desde el extranjero por parte de Heber Pedro farfán Loyola; ii) La acreditación de treinta letras de cambio que dan cuenta del préstamo con el que habría sido adquirido el departamento D-12, Block "D", lote 28, de la Parcela "C", Lotización Lima Polo Hunt Club - Santiago de Surco; iii) Las declaraciones vertidas en el plenario que dan cuenta del préstamo efectuado a la acusada Ruth María Soto Aranda, por parte de su señora madre, con el cual habría adquirido el inmueble ubicado en la calle Monte Abeto Lote 20, Mz. A; y, iv) Las copias certificadas de la constancia de denuncia interpuesta por la acusada Ruth María Soto Aranda, obrantes a folios 25809/25812, que acreditan que ésta fue víctima de hurto de diversos documentos que acreditarían el origen legal de su patrimonio.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: A lo expuesto por el Tribunal Superior, cabe precisar que el delito de lavado de activos no tiene por objeto castigar el desbalance patrimonial o el incremento patrimonial no justificado, como equivocadamente lo esgrime el Ministerio Público al basar su imputación en la Pericia Contable N° 88-07-2010-DIRANDRO- PNP/OFICRI-UNOITEFIN-E2; donde se señala que la procesada no ha acreditado ***«la procedencia lícita de sus movimientos financieros, así*** tampoco las adquisiciones, ni inversiones que realizó; además, que los depósitos y pagos en sus cuentas han sido considerados como ingresos por cuanto deben tener un origen que no ha sido acreditado; concluyendo que Ruth María Soto Aranda, desde el inicio de sus actividades hasta el 28 de febrero del año 2010, no ha sustentado con documentos contables la existencia de negocios o actividad lícita que justifiquen el desbalance patrimonial por S/. 2'356.188.73, así como tampoco las transferencias que se registran a su favor» ***-véase el punto 5.6.4 de la Sentencia de Vista-. Dar cabida a este parecer, implica legitimar la inversión de la carga de la prueba. En ese sentido, contrariamente a la tesis que deja entrever el Ministerio Público, lo que castiga el delito de Lavado de Activos, no es el desbalance patrimonial de la persona, sino aquellos actos concretos de conversión, tenencia, transferencia, etcétera, de activos de procedencia ilícita; lo que no se encuentra acreditado en el presente caso.***

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: No es el procesado quien tiene la carga de la prueba para demostrar la procedencia lícita de su patrimonio; sino que, por el contrario, es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba para acreditar la procedencia delictiva del patrimonio del procesado. Al respecto, como bien lo

ha advertido el Tribunal Superior en este extremo, tampoco se ha acreditado la existencia «de ***una relación causal entre el delito fuente (tráfico ilícito de drogas que registra Heber Farfán Loyola en el año 1994) y el delito de lavado de activos atribuido a la acusada con data primigenia del 2003 (la constitución de la empresa Lupo Express, según la imputación), en virtud al tiempo existente entre el primer y el segundo, que no permite la constatación que dichos bienes tienen su origen en el delito previo».*** Este razonamiento, sin embargo, debió también aplicarse en el extremo de los condenados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, respecto de los cuales tampoco se acreditó el vínculo entre el delito fuente y los actos de conversión y transferencia imputados, acaecidos muchos años después de la data del delito fuente. En este extremo, cabe recordar que el acusado Farfán Loyola fue condenado por haber enviado remesas de dinero a la coacusada Greis Ingrid Farfán Soto; mas no así, por haber enviado o entregado dinero a la coprocesada Ruth Soto Aranda. En consecuencia, al no existir prueba suficiente respecto del origen delictivo de los bienes, corresponde confirmar la absolución de la procesada Ruth María Soto Aranda.

SEXAGÉSIMO TERCERO: [Respecto de los agravios expuestos por la acusada Greis Ingrid Farfán Soto] El Tribunal Superior considera que el delito previo se encuentra acreditado con el Oficio N° 6302-2010, de la Interpol-Lima, obrante a folios 1917/1918, donde se señala que el acusado Heber Pedro Farfán Loyola, padre de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto, fue condenado por el Tribunal de Milán en el año 1994. El Colegiado, lo descartó, respecto a la procesada Ruth Soto Aranda, por cuanto se remitió a la sentencia absolutoria por el delito de tráfico ilícito de drogas, a favor de dicha procesada [progenitora de la procesada Greis Farfán Soto], obrante a folios 25818/25819, de fecha 16 de julio de 1997.

SEXAGÉSIMO CUARTO: Tal como se advierte, la única información en la que se basa el Tribunal Superior, para concluir por la procedencia delictiva de los bienes, en el caso de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto; es que el padre de ésta, Heber Pedro Farfán Loyola (a quien se está absolviendo), ***"el 21.12.1994, fue condenado por el Tribunal de Milán a 8 años de cárcel y 40 millones de liras de multa".*** Sin embargo, en la Sentencia impugnada, no se da razones sobre cómo es que, a partir de dicho delito fuente, se comprueba la ***procedencia*** ilícita de los bienes, ***su entidad,*** y ***su significancia,*** para dar lugar a actos de ***conversión*** y ***transferencia*** por parte de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto, desde el año 2004 hasta el año 2010 (periodo investigado). Incluso, en el fundamento 8.5.18, literal

d) de la Sentencia impugnada, el Tribunal Superior reconoce que, atendiendo a que el delito fuente data del año 1994, y los hechos imputados ocurrieron a partir del año 2004 (10 años después), ello podría ser un indicador de falta de conexidad entre uno y otro; sin embargo, acto seguido, termina descartándolo sin mayor argumentación; aduciendo que, ***«en el caso concreto se advierte mayores indicios, con fuerza acreditativa)).***

SEXAGÉSIMO QUINTO: El razonamiento del Tribunal Superior antes expuesto, resulta incorrecto; por cuanto soslaya que el "origen ilícito" de los bienes es un elemento normativo del tipo penal de Lavado de Activos y, no un elemento puramente fenomenológico; lo cual implica que deberá ser probado fehacientemente en el proceso[109]. En este orden de ideas, si no existe certeza sobre el origen ilícito de los bienes, no resulta posible condenar argumentando que el procesado no ha podido justificar el origen lícito de los mismos. Por ello, debe desestimarse el razonamiento del Tribunal Superior, plasmado en el fundamento 8.5.17 de la Sentencia de instancia, donde equivocadamente se señala que: ***"la defensa ha invocado que la acusada Greis Farfán Soto ha ejercido actividades económicas lícitas que permitan justificar su patrimonio, empero no ha podido acreditarlas de manera suficiente".*** Basar la condena en esta conclusión, sin existir certeza sobre el origen ilícito de los bienes, implica legitimar la inversión de la carga de la prueba; liberando de dicha obligación constitucional al Ministerio Público; lo que vulnera el debido proceso y las garantías constitucionales que inspiran el proceso penal. Por ello, en estos últimos tiempos, los sistemas democráticos abogan por la constitucionalización del proceso penal.

SEXAGÉSIMO SEXTO: Es pertinente señalar que, habiéndose circunscrito -por parte del Ministerio Público y el Tribunal Superior-, los activos de Greis Farfán Soto, a la misma fuente ilícita imputada al acusado Heber Pedro Farfán Loyola; corresponde concluir que, al no existir certeza del origen ilícito de los bienes en dicho extremo, tampoco puede afirmarse en el caso de la acusada Greis Farfán Soto. En consecuencia, no habiéndose acreditado dicho elemento normativo del delito de Lavado de Activos; corresponde la absolución de la encausada, al no haberse superado la duda razonable. La duda se acrecienta, cuando todos los actos del acusado Farfán Loyola, desde 1994 hasta el 21 de julio de 2007, fueron declarados hechos atípicos, al haberse declarado fundada la excepción de naturaleza de acción a su favor; donde obviamente están incluidos

---

109 Vid. Pariona Pastrana, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2007, p. 93 y ss.

las presuntas remesas de dinero que habría hecho a su hija en referencia. Si esto es así, todos los bienes que adquirió hasta el 21 de julio de 2007 serían lícitos. Solo estarían en cuestionamiento las remesas de dinero desde el 22 de julio de 2007 hasta fines del año 2008, por el cual fue condenado el acusado Farfán Loyola. Sin embargo, no se ha probado que la acusada Greis Farfán Soto haya recibido por alguna vía, tales remesas de dinero; así como se ignora la cantidad o cantidades; y esencialmente, no existe prueba idónea, pertinente, conducente y eficaz que acredite que dichos dineros (de haber existido) sean producto del delito de tráfico ilícito de drogas, que el acusado Farfán Loyola (padre de la acusada) cometió el año 1994, en Italia. En consecuencia, es aplicable al caso de la mencionado acusada, la garantía constitucional prevista en el artículo 139°, inciso 11, de la Constitución Política, que señala ***"En caso de duda hay que estar a lo más favorable al reo".***

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil contra la absolución de Raúl Rubén Soto Aranda] Tal como puede apreciarse en el considerando 8.3.1 de la sentencia impugnada, el Tribunal Superior fundamentó la absolución del procesado Raúl Rubén Soto Aranda, principalmente, en la insuficiencia probatoria respecto de la actividad criminal previa, que originó el ilícito imputado de lavado de activos. Al respecto, señala el Tribunal Superior, que, a folios 27412/27414 y 27415, se advierte la existencia de una sentencia absolutoria, a favor del procesado Raúl Rubén Soto Aranda, respecto del delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, analizada la sentencia absolutoria de fecha diez de octubre de 1990, obrante a folios 27412 y siguientes, se tiene que el acusado Raúl Rubén Soto Aranda fue procesado por un hecho acaecido con fecha **10 de febrero de 1989**, que se origina con la intervención de un inmueble, por parte de la Sub-Dirección de Investigaciones de Tráfico Ilícito de Drogas -SDINTID- ; diligencia en mérito a la cual se encontró "***una substancia blanquecina cristalizada escondida dentro de una bota de mujer, la que al parecer se trataba de clorhidrato de cocaína***". Sin embargo, del contenido de la sentencia obrante en autos, no se menciona la cantidad de droga hallada; tan solo se menciona que Raúl Rubén Soto Aranda, junto a otros procesados, fue absuelto por cuanto el Décimo Cuarto Tribunal Correccional de Lima, consideró que ***"no existen elementos suficientes como para concluir que ésta [la sustancia hallada] les pertenezca, o tengan alguna relación con la misma.***

SEXAGÉSIMO NOVENO: En este orden de ideas, es conveniente resaltar que una de las características más importantes del delito precedente, «es

la producción de ganancias o efectos»;[110] circunstancia que no puede predicarse respecto de un hecho que pudo atribuirse al procesado Raúl Rubén Soto Aranda; lo cual, aunado a la fecha en que se suscitaron aquellos hechos (año 1989); conlleva a sostenerse que no se cumple con la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos; por no haberse acreditado que los bienes adquiridos por dicho acusado provienen del delito de tráfico ilícito de drogas; debiendo confirmarse la absolución en este extremo; careciendo de objeto pronunciarse sobre los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil, que se refieren solo a los bienes adquiridos por dicho encausado.

SEPTUAGÉSIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil contra la absolución de Elba Serafina Rimachi Túnjar] Al respecto, debe anotarse que la tesis incriminatoria contra la procesada Elba Serafina Rimachi Tunjar, alude a la misma fuente ilícita atribuida al cónyuge de ésta, Raúl Rubén Soto Aranda; es decir, que los bienes que adquirió en sociedad conyugal con este último y a título personal, fue con dinero producto del tráfico ilícito de drogas cometido por el encausado Raúl Rubén Soto Aranda. Al respecto, como ya se ha razonado, durante el proceso no se ha actuado prueba suficiente que acredite, más allá de toda duda razonable, que el dinero con el que ambos acusados empezaron a adquirir sus bienes, proviene de dicho delito; si se tiene en cuenta que el procesado Raúl Rubén Soto Aranda nunca fue condenado por dicho delito; lo que significa que no se ha probado uno de los elementos normativos del tipo penal (existencia del delito previo o delito fuente). En ese sentido, si no se ha probado dicho elemento normativo del tipo, entonces, la conducta es atípica, careciendo de objeto razonar o emitir pronunciamiento sobre los demás elementos del tipo objetivo, a que se refieren los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil. En consecuencia, debe confirmarse la absolución de la encausada Rimachi Túnjar.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público contra la absolución de la acusada Gloria Yudith Soto Aranda] Conforme se tiene del dictamen fiscal acusatorio -ver folios 23339 y siguientes-, el Ministerio Público concluye que «**Gloria Yudith Soto Aranda** ha conformado la empresa de fachada "Maxhua S.A.C.", junto con sus hijos los coprocesados ***Franklin Denis Huamán Soto*** y ***Fritz Micheel Huamán Soto,***

---

[110] Vid. Pariona Pastrana, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2007, p. 109.

con dinero producto de las actividades delictivas de sus hermanos David Walter Soto Aranda, Cuenen Delfín Soto Aranda y Héctor Soto Aranda; y así ocultar el dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas; siendo responsable de actos de **ocultamiento y tenencia**, entendiéndose que el verbo rector es ***"recibir dinero cuyo origen ilícito conoce o debía presumir"***, por el hecho de haber recibido dinero de procedencia ilícita y, por haber realizado ***actos de conversión,*** al haber constituido su empresa en cuestión». Asimismo, se le imputa haber adquirido un inmueble el 22 de mayo de 2006, por la suma de US $ 70,000.00; dinero que le habría sido entregado por su hermano el coacusado Walter Soto Aranda.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: De lo expuesto precedentemente, se tiene que el Ministerio Público postula que la procesada Gloria Yudith Soto Aranda, habría lavado activos provenientes de la misma fuente que la de su hermano, David Walter Soto Aranda; es decir, producto del delito de tráfico ilícito de drogas que cometió el año 1998. En ese sentido, corresponde señalar lo ya desarrollado en los considerandos vigésimo tercero y siguientes, así como trigésimo primero y siguientes, de la presente Ejecutoria Suprema; en el sentido de que, en el caso de los procesados David Walter Soto Aranda y Héctor Soto Aranda, no existe certeza respecto del origen ilícito de los bienes por los cuales fueron condenados. Concretamente, en el caso de la adquisición del inmueble, no existe prueba suficiente que acredite que el dinero invertido por la encausada Gloria Yudith Soto Aranda, provenga del delito de tráfico ilícito de drogas; igual ocurre con la constitución de la Empresa Maxhua S.A.C., cuyo capital no provino de dicho delito. En este extremo, cabe hacer referencia al dictamen del Señor Fiscal Supremo, quien en el fundamento 3.112, opina porque se confirme la absolución de la referida procesada, por este último cargo; por tanto, corresponde confirmar la absolución de la procesada Gloria Yudith Soto Aranda.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO: Incluso, lo reconoce el propio Ministerio Público en el fundamento IV. 1.14 de su Dictamen Fiscal Acusatorio; cuando señala que es necesario **que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo** (...). En suma, no es suficiente que una persona o personas, tengan un considerable caudal de activos para que se configure la comisión del delito en cuestión, sino que **es necesario establecer la conexión entre éstos y el origen ilícito de tales activos**». Conexión que, al no haberse acreditado en el presente caso, no deja más alternativa que la absolución.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público contra la absolución de Betty Rosalía Soto Aranda]

El Ministerio Público atribuye a la procesada Betty Rosalía Soto Aranda, la conversión y transferencia de activos, entre los años 2004 al 2009. Al respecto, tal como se advierte de la acusación fiscal - véase folios 23373- y del respectivo dictamen aclaratorio -véase folios 24770-, el Ministerio Público formula una imputación meramente genérica, respecto del supuesto origen ilícito de los bienes; limitándose a mencionar que dicha fuente ilícita proviene del delito de tráfico ilícito de drogas, en el cual se encuentran implicados sus hermanos David Walter Soto Aranda, Raúl Rubén Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, Ruth María Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; y "reforzando" su imputación en el hecho de que la procesada ***in comento,*** no ha podido justificar la procedencia lícita de sus activos.

SEPTUAGÉSIMO QUINTO: Tal imputación defectuosa, realizada por el Ministerio Público, carece de mérito para generar convicción respecto de la responsabilidad penal de la procesada; fundamentalmente, por dos razones: i) Primero, porque no cumple con el Principio de Imputación Necesaria, según el cual, «no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; éstos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados»[111]; y, ii) Segundo, porque al basarse, la imputación, en la misma fuente atribuida a los sentenciados David Walter Soto Aranda, Raúl Rubén Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, Ruth María Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola, respecto de los cuales dicha imputación no ha llegado al nivel de certeza que se requiere para dictar una sentencia condenatoria; con mayor razón, no podría sostenerse la responsabilidad penal de la procesada Betty Rosalía Soto Aranda; por lo que debe confirmarse su absolución; no siendo de recibo los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil.

SÉPTUAGÉSIMO SEXTO: [Respecto de los agravios expuestos por la parte civil contra la absolución de Víctor Angel Cappelletti Julio] **El Ministerio Público le atribuye la calidad de cómplice primario del delito de Lavado de Activos; al haber colaborado en actos de conversión y transferencia de dinero, provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en los cuales se encontraban involucrados los acusados David Walter Soto Aranda, Heber**

---

[111] Ejecutoria Suprema dictada en el R.N. N° 956-2011/Ucayali, de fecha 08 de marzo de 2013, *F.J.* Tercero (V).

Pedro Farfán Loyola y Ruth María Soto Aranda. Al respecto, sin embargo, de conformidad con los fundamentos ya expuestos respecto de éstos procesados, en el sentido de que no se encuentra debidamente acreditada la procedencia ilícita de los bienes; corresponde confirmar la absolución de Víctor Angel Cappelletti Julio.

SÉPTUAGÉSIMO SÉPTIMO: La complicidad primaria implica la existencia de un aporte sustancial a la realización de un ***hecho punible.*** En el presente caso, tal ***hecho punible*** no se encuentra acreditado; por cuanto, en el caso de los procesados David Walter Soto Aranda, Heber Pedro Farfán Loyola y Ruth María Soto Aranda, no existe prueba suficiente del elemento típico "origen ilícito" de los bienes; no habiéndose motivado, sobre la base de prueba directa o indiciaria -en este último caso, de conformidad con lo establecido en el considerando Quinto de la Casación N° 628-2015/Lima, del 05 de mayo del 2016-, la concurrencia de dicho elemento normativo del tipo. En suma, no existe prueba suficiente que acredite que el dinero o bienes aportados por el encausado Cappeletti Julio, hayan provenido del delito de tráfico ilícito de drogas, cometidos por los hermanos Soto Aranda; y que aquél acusado sabía o debía presumir que eran de procedencia delictiva. En consecuencia, corresponde confirmar la absolución en este extremo; debiendo desestimarse los agravios de los impugnantes.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS POR LA PARTE CIVIL Y POR EL MINISTERIO PÚBLICO, EN EL EXTREMO DE LA ABSOLUCIÓN DE YIBES NELLY SOTO ARANDA, ANDRÉS GUSTAVO FARFÁN SOTO. EDWARD MARTÍN SOTO RODRÍGUEZ. FRITZ MICHEEL HUAMÁN SOTO Y FRANKLIN DENIS HUAMÁN SOTO -PRINCIPIO DE JERARQUÍA Y PRINCIPIO DE OFICIALIDAD-

SÉPTUAGÉSIMO OCTAVO: El señor Fiscal Supremo en lo Penal, al absolver los recursos de nulidad formalizados por el Fiscal Superior y por la parte civil, en el extremo de la absolución de los procesados Yibes Nelly Soto Aranda, Andrés Gustavo Farfán Soto, Edward Martín Soto Rodríguez, Fritz Micheel Huamán Soto y Franklin Denis Huamán Soto; opinó porque se declare No Haber Nulidad en dicho extremo de la resolución impugnada.

SÉPTUAGÉSIMO NOVENO: [Principio de Jerarquía Institucional] Si bien este extremo de la resolución también ha sido objeto de recurso de nulidad por parte del Fiscal Superior, debe prevalecer la posición del señor Fiscal Supremo en lo penal; quien ha dictaminado a favor de no haber nulidad en este extremo.

Así, conforme ya ha sido señalado por este Tribunal Supremo en el Recurso de Nulidad N° 2803-2015-Lima [FJ sétimo]: «El Ministerio Público está sujeto al **PRINCIPIO DE JERARQUÍA INSTITUCIONAL**, cuya relevancia normativa dimana del artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que estipula: "***Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirle sus superiores***".

OCTOGÉSIMO: Acorde con lo anterior, conviene destacar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la relevancia jurídica de este principio. Así, en la sentencia número 2920-2012-PHC/TC-Lima, de fecha veintitrés de agosto de dos mil trece, se estableció: "(...) los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que *(...)* el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias *(...)* atribuidas puedan ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal efecto, quienes puedan actuar conforme a su ***criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores (...)"*** [FJ octavo]; ***y al mismo tiempo, se determinó: "(...) en aplicación del (...) artículo 5° de la LOMP -Ley Orgánica del Ministerio Público- cuando un actuado llega a conocimiento del Fiscal Superior o Supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los Fiscales de menor jerarquía (...)"*** [FJ noveno, literal c]». Del mismo modo, el recurso de nulidad interpuesto por la Parte Civil, ***en este extremo,*** tampoco puede prosperar; ello en estricta observancia del Principio Acusatorio y de Oficialidad en la persecución pública del delito. En este sentido, no hay otra alternativa constitucional que confirmar la absolución de los procesados, en este extremo.

OCTOGÉSIMO PRIMERO: [Principio de Oficialidad] Con relación a los agravios presentados por la parte civil, en el extremo de la absolución de los procesados Yibes Nelly Soto Aranda, Andrés Gustavo Farfán Loyola, Edward Martín Soto Rodríguez, Fritz Micheel Huamán Soto y Franklin Denis Huamán Soto; este Tribunal Supremo no puede soslayar la posición jurídica del señor Fiscal Supremo en lo Penal, quien detenta, en su máxima jerarquía, la titularidad del ejercicio de la acción penal y la persecución pública del delito en el Ministerio Público. Al respecto, es pertinente recordar que la intervención procesal de la Parte Civil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público, empero, no es independiente a los lineamientos persecutores que éste imponga. Por ello, le está vedada la posibilidad jurídica de insertar alguna pretensión acusatoria, al margen de las disposiciones incriminatorias de la Fiscalía.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO: Corresponde observar, por tanto, el **Principio de Oficialidad**, según el cual, el ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva, son prerrogativas ejercidas a instancia privativa del Ministerio Público, como órgano oficial especializado. Las atribuciones de este último no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción.

OCTOGÉSIMO TERCERO: La Parte Civil posee limitaciones formales respecto al objeto penal, como requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil. Esto último, además, constituye una manifestación del Principio Acusatorio; sobre el cual, la Corte Suprema mantiene una línea reiterada de respeto como garantía inherente del debido proceso[112].

OCTOGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, el recurso de nulidad interpuesto por la Parte Civil no puede prosperar, en observancia del Principio Acusatorio y de Oficialidad en la persecución pública del delito. En ese sentido, con la finalidad de no afectar la autonomía del Ministerio Público, reconocida en el artículo 158° de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Suprema debe confirmar el extremo de la sentencia absolutoria recurrida. Finalmente, cabe mencionar que, en anterior pronunciamiento, se reconoció la posibilidad de recurrir, en casos similares, a la ***motivación por remisión***[113], con el propósito de racionalizar el esfuerzo jurisdiccional; y siempre que la posición del señor Fiscal Supremo en lo Penal, en sus contornos fácticos, se verifique debidamente justificada; lo que efectivamente ocurre en el presente caso.

OCTOGÉSIMO QUINTO: De otro lado, el Señor Fiscal Supremo, en su dictamen correspondiente, solicita que en vía de integración, se declare a la empresa MAXHUA S.A.C. como no responsable por los hechos ilícitos que se le imputan. Asimismo, solicita que en un nuevo juzgamiento, deberá emitirse pronunciamiento respecto a la responsabilidad de la empresa Lupo Express S.A.C. Al respecto, como quiera que mediante la presente Ejecutoria Suprema se está absolviendo a los condenados y confirmando todas las absoluciones; carece de objeto emitir pronunciamiento sobre lo peticionado por el Ministerio Público.

---

[112] Por todas, véase la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444- 2015/ Lima, de fecha 16 de febrero de 2017, F.J. Décimo Noveno.

[113] Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1906-2015/Lima, de fecha 10 de agosto de 2016, *F.J.* Décimo Tercero y Décimo Cuarto

OCTOGÉSIMO SEXTO: Finalmente, en cuanto a las medidas coercitivas personales que pesan contra los procesados que fueron condenados por el Tribunal de Juzgamiento. Éstos, estuvieron concurriendo al juicio oral en calidad de "reos libres"; habiéndose ordenado sus capturas a raíz de la sentencia condenatoria; sin embargo, al haber sido absueltos con la presente resolución, debe dejarse sin efecto dichas órdenes de captura, oficiándose a las autoridades policiales correspondientes; anulándose sus antecedentes policiales y judiciales generados con motivo del presente juzgamiento.

144

§144. Elementos típicos del delito de Lavado de Activos

Recurso de Nulidad	2868-2014-LIMA
Fecha	27 de diciembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	D. Leg. 1106

RESUMEN:

La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse —indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaría, ambas en plano de igualdad; aunque la última, que no es por ello más insegura ni subsidiaria, es la más común en estos casos- en la causa incoada por delito de lavado de activos.

Debe probarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves [...] o con personas o grupos relacionados con ese delito.

Es obvio que no hace falta la existencia de una sentencia previa que haya declarado el delito precedente, pues de lo contrario no sería posible en la mayoría de los casos aplicar el tipo de lavado de activos —son razones de política criminal las que autorizan a entender de esta forma el alcance del referido elemento normativo del tipo.

FUNDAMENTOS:

1. DE LOS RECURSOS DE NULIDAD DE LAS PARTES. ÁMBITO DEL GRADO

PRIMERO: Que la señora fiscal adjunta superior en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos noventa, del dos de mayo del

dos mil catorce, requiere se reforme el extremo de la sentencia que amparó las excepciones de naturaleza de acción y se anule el extremo absolutorio por una deficiente valoración de la prueba.

Arguye, en el primer extremo —atipicidad del hecho imputado— lo siguiente: que no se requiere la comprobación del delito previo, solo que las ganancias se vinculen con un delito previo; que el encausado Lagos Lizarbe aceptó estar involucrado en procesos de tráfico ilícito de drogas —años mil noventa y uno, dos mil tres y dos mil siete—; que los imputados evidenciaron un incremento patrimonial inusual sin justificar el origen del dinero, además registran montos de dinero en bancos en época coetánea a las fechas en que Lagos Lizarbe estuvo involucrado en tráfico ilícito de drogas; que los imputados pretendieron justificar sus ingresos con empleos temporales o negocios informales que solo les ha alcanzado para sus necesidades básicas; que las adquisiciones del inmueble de la urbanización Olimpo de Salamanca y de los vehículos de placa de rodaje número NM guión ocho mil setecientos ochenta y dos. XI guión nueve mil cuatrocientos treinta y ocho y XO guión mil ochocientos ochenta y seis se realizaron entre los años mil novecientos noventa y cinco y dos mil uno y por parte de la conviviente de Lagos Lizarbe, Ginna Ortiz Ochoa; que no es que la norma prohibía o no comprendía como lavado de activos el supuesto de auto blanqueo, sino que mediaban interpretaciones erróneas de la norma en cuestión: Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco; que, de otro lado, no se expresaron las razones para amparar la excepción de naturaleza de acción respecto a Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. Que los encausados Fortunato Lagos Lizarbe, Lizarbe Sulca, Choque Gómez, Luis Lagos Lizarbe, Ortiz Ochoa y Choque Lizarbe poseían cuentas bancarias: Ortiz Ochoa registraba cuentas bancarias desde el año dos mil hasta el dos mil ocho, mientras que Luis Lagos Lizarbe desde mil novecientos noventa y nueve hasta dos mil seis; de igual manera, los otros procesados también registran depósitos bancarios —no se tomó en cuenta que las pericias, culminadas cuando culminaron los interrogatorios, así lo demostraron—; que Ortiz Ochoa, Ercila Lizarbe Sulca y Mariluz Choque Gómez (conviviente, madre y media hermana de Luis Lagos Lizarbe) adquirieron diversos vehículos —entre dos mil cinco y dos mil seis—.

Que los procesados Vidalón Orellano. Rosa Clara Vera Meneses, Vidalón Cárdenas y Alejandro Vera Meneses registran depósitos bancarios —extremo fáctico que se pretendió introducir a través de una acusación complementaria pero no fue aceptado por el Tribunal Superior—.

En el segundo extremo, en lo concerniente a las absoluciones, apunta lo siguiente:

1. Jara Benites, Saldaña León, Jara Villaorduña, Jara Polo y Benites Storck de Jara: El primero no dio una explicación razonable del dinero que sirvió para la adquisición del vehículo de placa SOT guión novecientos cuarenta y uno; que el dinero para fundar un negocio de panadería se lo proporcionó su padre y no justificó el capital para el negocio de compra y venta de autos; que sus actividades no eran compatibles con los gastos que tenía que efectuar para mantener a su familia; que realizó operaciones extrañas a las prácticas ordinarias. Saldaña León no brindó una explicación razonable de los motivos por los cuales a los pocos meses vendió el vehículo que le habían transferido, más si mencionó que adquirió el auto para trasladar a su familia. Existe una pericia contable que revela el desbalance patrimonial de los citados imputados. El auto se vendió a Dioses Mendoza por veinte mil seiscientos cincuenta soles, siendo que Jara Benites lo adquirió a tres mil dólares americanos.
2. García Buntică: Incurrió en contradicciones respecto a la procedencia del dinero con el que compró el vehículo de placa de rodaje número AQH guión seiscientos veintidós. Recibió dinero del narcotráfico para su manutención y de sus hijos, y no existe prueba que realizó asesoramiento a empresas privadas. La pericia da cuenta que no registró ingresos entre dos mil y dos mil nueve, pero efectuó transferencias a Colombia por veintiún mil trescientos cuarenta y uno punto noventa y ocho dólares americanos. La finalidad de los sucesivos actos de transferencia del auto era evitar el conocimiento del origen delictivo del coche e imposibilitar su incautación y decomiso.
3. Nelly de la Cruz Jones: No brindó una versión uniforme sobre el dinero con el que construyó un inmueble en el Asentamiento Humano Casa Muertas. primero dijo que el dinero lo obtuvo por actividad informales, pero en el acto oral señaló que su yerno Pitta Silver se encargó económicamente de la construcción del segundo y tercer piso, cuya versión no es convincente pues no justificó sus ingresos económicos. Ella se hizo cargo de la construcción, pero sin acreditar sus ingresos. Siguió manteniendo una relación con Rolando Velasco Heysen. La pericia contable así lo establece.

SEGUNDO: Que la procuradora pública del Estado en su recurso formalizado de fojas veintidós mil trescientos cinco, de cinco de mayo del dos

mil catorce, solicita la reforma y desestimación de las excepciones amparadas por el Tribunal, la anulación del extremo absolutorio de la referida sentencia y se aumente el monto de la reparación civil.

Aduce, respecto de las excepciones, que el delito fuente no constituye un elemento configurativo del delito de lavado de activos pues es un delito autónomo y solo basta la vinculación del objeto del delito de lavado con el delito fuente, que se plasma en indicios razonables. De otro lado, está acreditado que el encausado Alejandro Lagos Lizarbe está vinculado a actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, pues a lo largo del proceso mencionó la orden de captura a nivel nacional por el Juzgado Penal de Huaraz del catorce de julio de mil novecientos noventa y tres. La absolución de Fernando Jara Benites, Pedro Jara Polo, Fulvia Benites Storck, Bertha Jara Villorduña y Saldaña León se sustentó en sus versiones exculpatorias, sin tomar en consideración las pericias contables que concluyen por la existencia de un desbalance patrimonial. La absolución de García Buriticá no tomó en cuenta la pericia contable, el monto de veintiún mil trescientos cuarenta y uno punto noventa y ocho dólares americanos son actos de conversión y transferencias, que constituyen conductas continuadas. La absolución de Velasco Fleysen y De la Cruz Jones no tuvo en cuenta que no existe prueba que acredite que los ochenta mil dólares americanos que recibió el PRIMERO se agotó en el almacenamiento y acondicionamiento de la droga incautada en Piura; por contrario, se estableció que ambos encausados construyeron la vivienda en Casa Huertas y adquirieron un vehículo de placa de rodaje número BGG guión ciento setenta y nueve. Por último, la reparación debió ser de un millón de soles, sin perjuicio de reponer el valor del desbalance patrimonial por la suma cinco millones noventa y siete mil quinientos setenta y cinco punto catorce soles, tal como lo estableció la propia Sala Penal.

TERCERO: Que el encausado Velasco Heysen en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos cuarenta y cuatro, del dos de mayo del dos mil catorce, insta la absolución de los cargos. Alega que se interpretó incorrectamente los abonos del Banco República; que en cuanto a los abonos en dólares por ciento setenta y tres mil cero cuarenta punto cuarenta y tres dólares americanos por el Interbank y cincuenta y cuatro mil quinientos cuarenta y siete mil dólares americanos por el Banco Continental, debe entenderse que ese último monto fue una transferencia producto de una intermediación bancaria, por lo que la última cantidad no se puede adicionar; que los montos procedentes de China son de una empresa transnacional no vinculada al tráfico ilícito de drogas que no se ha tomado en cuenta la actividad pesquera que realizaba; que no se dio

valor a la declaración de Montañez Guzmán y se distorsionó su contenido; que existe abundante documentación que revela que trabajó en el taller y en la Municipalidad; que, en atención a la informalidad existente en el Perú, debe estimarse acreditado que se dedicaba al alquiler de frigoríficos, tanto más sí existen fotos y reportes periodísticos que dan cuenta de esa actividad que llevaba a cabo; que no hay prueba que afirme que las supuestas empresas de fachada están registradas a su nombre; que no está probado que compró un terreno en Catacaos; que se agregó ingresos irregulares por diez mil dólares americanos porque a nivel policial le sustrajeron sus tarjetas de crédito.

CUARTO: Que el encausado Yataco Madueño en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos cincuenta y cinco, del dos de mayo del dos mil catorce, pide la absolución de los cargos. Invoca que hizo un favor a los tíos de su ex pareja Silvana, Gloria y Esteban Ramírez Coz, pero no sabía la procedencia del dinero: cuatrocientos doce mil setecientos dólares americanos; que esas personas no declararon en el acto oral, por lo que no existe prueba en su contra; que la Sala no ha precisado si actuó como autor, coautor o cómplice; que no se han tomado estados de cuentas bancarias, documentos de retención impositiva, estado de cuenta de abono de CTS, estado de cuenta por pago de haber y otros, que acreditan que tenía ingresos lícitos; que el dinero con el que adquirió los inmuebles era de Esteban Ramírez Coz y no sabía del origen del dinero.

QUINTO: Que la encausada Dora Marcela Ramírez Coz en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos setenta, del dos de mayo del dos mil catorce, postula la absolución de los cargos. Expone que no se realizó un correcto examen de la pericia contable de parte, que determinó que los ingresos con su esposo Aliaga Carhuanchor en los períodos mil novecientos noventa y tres guión dos mil siete en relación a los egresos dan un saldo favorable de ciento cuarenta y cinco mil veintiún soles; que las conclusiones del dictamen pericial contable oficial son erradas y no tienen sustento técnico, al igual que la pericia pericial contable financiera pues no tomaron en cuenta varios documentos ni consideraron ingresos por trescientos setenta y dos mil quinientos treinta y uno punto setenta y seis soles; que no se tomó en consideración los préstamos informales que realizaba; que se acreditó el origen lícito de noventa mil dólares americanos por la pericia de parte; que si el delito atribuido a su hermano Esteban Ramírez Coz fue en [el] dos mil siete y las compras de inmuebles acaecieron en [el] dos mil cuatro, entonces, no existe delito previo.

2. DE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

SEXTO: Que los argumentos del Tribunal Superior para estimar la excepción de naturaleza de acción por el delito de lavado de activos son los siguientes:

1. Luis Alejandro Lagos Lizarbe fue absuelto por el delito de tráfico ilícito de drogas, por lo que no existiría delito fuente y, tampoco, delito de lavado de activos. El dinero o bienes cuestionados debe tener un origen ilícito, lo que no es de recibo en este caso porque el imputado fue absuelto. Además, los hechos imputados como delito previo datan del veintiuno de octubre del dos mil siete —no de otras fechas—, y la acusación no menciona datos y circunstancias de la intervención en el delito de tráfico ilícito de drogas. Las requisitorias por tráfico ilícito de drogas están referidas al año mil novecientos noventa y tres, pero los actos de conversión habrían ocurrido entre mil novecientos noventa y cinco y el veintidós de julio del dos mil siete, por lo que resultan atípicos: bajo la vigencia del artículo doscientos noventa y seis guión A del Código Penal aún no se había aceptado, doctrinaria y jurisprudencialmente el 'auto-lavado'. Sobre la transferencia del inmueble ubicado en la calle Hera número doscientos seis y el vehículo de placa de rodaje número BGS guión ochocientos cuarenta y dos se realizaron entre el dos mil cuatro y el dos mil siete, siendo más próximos al delito fuente de tráfico ilícito de drogas del veintiuno de octubre del dos mil siete, del cual se generó un proceso en el que Lagos Lizarbe fue absuelto.

2. Lizarbe Sulca, Choque Gómez y Ortiz Ochoa no estaban en condiciones de conocer o sospechar el origen delictivo de los activos de mil novecientos noventa y cinco al dos mil. La fiscalía no explicó cómo se llevó a cabo ese conocimiento o sospecha, ni siquiera tiene claro los hechos, luego, falta la tipicidad subjetiva del hecho imputado. Tampoco se cumple el elemento objetivo del tipo legal porque se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe.

3. No se mencionan argumentos específicos respecto de Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. En relación a Vidalón Orellana, Vera Meneses. 4. Vidalón Cárdenas y Vera Meneses, como se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe no existe delito de lavado de activos.

SÉTIMO: Que el señor fiscal supremo, sobre este punto, acotó que las transacciones atribuidas a los encausados antes mencionados son atípicas por ausencia del elemento objetivo al haberse absuelto al agente por delito de tráfico de drogas (delito fuente). La acusación se centra en la incautación de droga el día veintiuno de octubre del dos mil siete, causa en la cual se absolvió a Luis Alejandro Lagos Lizarbe. No es posible asegurar que sus bienes los adquirió con dinero ilícito que trata de ocultar. Además, las circunstancias de las transacciones realizadas no se podrían calificar como irregulares desde una perspectiva financiera y comercial. Estas no indican en el fondo la intención de ocultar o encubrir objetos materiales del delito.

OCTAVO: Que ahora bien la excepción de naturaleza de acción, como es línea jurisprudencial constante de este Supremo Tribunal, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria—.

Esta ausencia de objeto se define desde los términos de la propia acusación, sin que sea posible negar —total o parcialmente—, variar o recortar los cargos, en suma, cuestionar de algún modo la realidad de los hechos acusados. El imputado se limita, en esta específica posición respecto de la acusación, dado los hechos que se le atribuyen, a controvertir su relevancia jurídico penal en cualquiera de los tres ámbitos anteriormente establecidos. La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción.

NOVENO: Que el delito de lavado de activos tiene larga data en nuestro ordenamiento punitivo y, en lo esencial, en su historia legislativa solo ha variado esencialmente su objeto material. La criminalización del lavado de activos se inició con el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos veintiocho, del once de abril de mil novecientos noventa y dos, que se circunscribió como actividad delictiva previa al delito de tráfico ilícito de drogas; y, luego, prosiguió con la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, de veintisiete de junio de dos mil dos —a partir del cual amplió el ámbito de las actividades delictivas precedentes—; a continuación, con el Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis, del veintidós de julio del dos mil siete; después, con el Decreto Legislativo número mil ciento seis, del diecinueve de abril del dos mil doce; y,

finalmente, con el Decreto Legislativo número mil doscientos cuarenta y nueve, del veintiséis de noviembre del dos mil dieciséis —modificatorio parcial de la norma anterior—.

En el presente caso se atribuyen actos de lavado ele activos —de una precedente actividad de tráfico ilícito de drogas— que ocurrieron con anterioridad, mayormente desde marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta mayo del dos mil ocho. Como cuadro fáctico antecedente la acusación fiscal hace mención a la actividad de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que fue intervenida por la Policía y la Fiscalía en dos oportunidades: **a)** en abril del dos mil cinco, y **b)** en octubre del dos mil siete: el total de droga incautada en ambas ocasiones alcanzó un aproximado de mil ochocientos kilogramos de clorhidrato de cocaína. Además, respecto del encausado Luis Alejandro Lagos Lizarbe, se mencionó su involucración en actividades de tráfico ilícito de drogas desde antes del año mil novecientos noventa y tres y con requisitorias por los Juzgados Penales de Huaraz y Huacho, incluso fue detenido y procesado en Chile el seis de junio del dos mil tres por esa misma actividad delictiva.

DECIMO: Que, en lo pertinente, el delito de lavado de activos, más allá de las variaciones registradas en el curso de la evolución legislativa nacional, tiene las siguientes notas características.

1. Es considerado, en principio, (i) un delito común, pues puede cometerlo cualquier persona, incluso el autor o partícipe del delito precedente —esto último se asume como opinión doctrinaria mayoritaria y radica en el objetivo político criminal de la persecución de estos delitos—. También es calificado como (ii) un delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada en los artículos y normas indicados en el primer párrafo del fundamento jurídico noveno. De otro lado, (iii) no requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal —no se exige siquiera una condena por la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva [HURTADO ADRIÁN, Blanqueo de capitales, 2010, p. 253] —. (iv) Además, resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el lavado u otro —se rechaza, desde ya, la doctrina de los actos copenados o de la vulneración del non bis in ídem, lo que incluso cuenta con el apoyo de diversas directivas y recomendaciones internacionales—. Debe quedar claro que el hecho

de que, el curso de su evolución legislativa, se consagró una referencia normativa específica al auto-lavado, en modo alguno cambia la propia lógica de la criminalización de las conductas de lavado de activo y, por ende, no importa o entraña la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España —en adelante, STSE— número novecientos setenta y dos oblicua dos mil doce, del cinco de diciembre).

2. Tiene como conductas que integran la tipicidad objetiva:

   (i) Los actos de conversión y transferencia, que importan, de un lado, todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido, efectos u otra clase de bienes y ganancias de origen delictivo —es el objeto material del delito, que comprende el efectivo generado ilícitamente, los bienes adquiridos con él, y las sucesivas transformaciones que se dieron en estos a través de diversos negocios jurídicos—, así como, de otro lado, las operaciones posteriores a la etapa de colocación y que corresponden a la fase de intercalación o estratificación.

   (ii) Los actos de ocultamiento y tenencia, que representan la fase final del proceso del lavado de activos, es la etapa de integración, tiene lugar una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad, y comporta siete verbos típicos.

   (iii) Los actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores de origen delictivo, que se refieren al desplazamiento físico de dinero o títulos valores como modalidad específica de operaciones de lavado de activos [PRADO, Criminalidad organizada- Parte especial, 2016, pp. 260 y ss.].

3. Integra la tipicidad el origen ilícito o la conexión directa o derivada de actividades criminales de los activos, esto es, dinero, bienes, efectos o ganancias. Tales activos, constituyen, en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, siendo de aclarar que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados —el tipo penal de lavado de activos no sanciona un acto generador de activos y el posterior proceso de lavado de esos activos; lo único que castiga es el acto de lavado— [GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico — Parte especial, vol. I, dos mil quince, p. quinientos setenta y seis]. Tal

actividad delictiva, en cuanto conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable) —no es necesario que concurra también la culpabilidad del agente (STSE del veintisiete de julio del dos mil quince] —, está referida a delitos con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos de captación —en esta causa, el delito de tráfico ilícito de drogas—, legalmente sancionados cuando produce el acto de lavado de activos. La relación entre la actividad delictiva precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva [CARO/REYNA/REÁTEGUI, Derecho penal económico, t. II, 2016, p. 663].

La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse —indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaría, ambas en plano de igualdad; aunque la última, que no es por ello más insegura ni subsidiaria (STSE trecientos treinta y tres/ dos mil cinco, del diecinueve de enero), es la más común en estos casos- en la causa incoada por delito de lavado de activos. Debe probarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves [...] o con personas o grupos relacionados con ese delito (Acuerdo Plenario número tres guión dos mil diez oblicua CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, fundamento jurídico treinta y cinco).

Es obvio que no hace falta la existencia de una sentencia previa que haya declarado el delito precedente, pues de lo contrario no sería posible en la mayoría de los casos aplicar el tipo de lavado de activos —son razones de política criminal las que autorizan a entender de esta forma el alcance del referido elemento normativo del tipo (STSE del veintisiete de julio del dos mil quince) —. Ello, naturalmente, no significa que la actividad delictiva precedente pueda quedar al margen de la actividad probatoria. Solo se requiere (i) que tal situación se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen

criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias.

Lo realmente exigido es la acreditación necesaria —como elevada probabilidad objetiva— de que los bienes, inicialmente ***bajo sospecha simple*** —que es lo que se precisa para la legitimidad de la investigación preparatoria en fase preliminar — y, luego, ***bajo sospecha suficiente*** —en que, a nivel de prognosis, se requiere que la condena resulte probable (probabilidad de condena), y que a su vez justifica la acusación y el auto de enjuiciamiento—, tuvieron su origen en una actividad delictiva previa. Para impedir que la utilización de la prueba indiciaría, como instrumento para acreditar el origen delictivo de los activos, pueda vulnerar la presunción de inocencia será necesario que se exijan los mismos requisitos, que con carácter general, se reclaman cuando se utiliza la prueba indiciaría para demostrar la existencia de un hecho constitutivo de una infracción penal.

Así, se requiere:

(i) Que concurran una pluralidad de indicios o de uno solo de especial significación —lo que dependerá de las circunstancias del caso concreto— (v.gr.: la titularidad del activo cuestionado tiene un patrimonio que no se corresponde con sus ingresos legales, o que el activo entre en su dominio durante el período de tiempo en que existían elementos de juicio de que el autor del delito precedente se dedicaba a una actividad delictiva, o que no existan ingresos que justifiquen la adquisición o tenencia lícita del activo por no constar que haya realizado una actividad productiva lícita, o que se descubran depósitos en cuentas bancarias irrazonables).

(ii) Que los indicios estén probados.

(iii) Que exista un enlace preciso entre los indicios y el hecho presunto (origen ilícito) —se dará cuando probado los indicios, por medio de un juicio inductivo conforme a las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica se concluye de que, en efecto, los activos proceden de una actividad delictiva anterior, o como dice la STSE seiscientos dos oblicua dos mil siete, de cuatro de julio, "consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente"—.

(iv) Que no existan contraindicios —ausencia de algún tipo de medio de prueba sólida que acredita que los bienes provienen de una actividad lícita—.

(v) Que no consten explicaciones alternativas plausibles —una explicación inverosímil no pone en crisis la solidez de las pruebas de cargo, una plausible con base en los materiales recogidos sí lo hace: generan una situación de incertidumbre— [PÉREZ CEBADERA, Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio, 2015, pp. 418 y ss.].

4. La tipicidad subjetiva consta de dos elementos.

Primero, exige el dolo, directo o eventual. No hace falta que el agente conozca, concretamente, el delito precedente, del cual aquellos productos o ganancias se originaron —el autor debe reconocer que los activos proceden, en general, de una actuación delictiva—, ni tampoco cuándo fue cometido, ni mucho quiénes intervinieron en su realización. Basta la conciencia de la anormalidad de la operación que se ha de realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad delictiva que genere ganancias ilegales. No se requiere, igualmente, que el agente conozca de la situación procesal actual o definitiva del delito fuente, "ni el conocimiento de un delito en particular o el conocimiento exacto del hecho previo" [ABEL SOUTO, El blanqueo de dinero, 2015, p. 115]. Segundo, incorpora un elemento subjetivo especial —es un tipo legal de tendencia interna trascendente—: evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, esto es, asegurar la ganancia delictivamente generada. No se requiere se logre ese objetivo ni que el autor actúe con ánimo de lucro. La ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen delictivo de los bienes, niegan el elemento subjetivo, al igual que los casos de negocios estándar o neutrales [PRADO, Obra citada, pp. 292 y ss.].

5. Queda claro finalmente, que la decisión judicial penal ha de estar fundada en la verdad, atendida como coincidencia con la realidad —deben darse por establecidos tocios los elementos del tipo legal: objetivos y subjetivos, y en un mismo nivel—. El juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional. Él está sujeto a las leyes de la lógica. Sus explicaciones deben estar libres de

contradicciones. Enunciados de la experiencia inexistentes no pueden servir de base a sus conclusiones. Estas deben tener un fundamento objetivo [VOLKS, Curso Fundamental de derecho procesal penal, 2016, pp. 380- 382].

DECIMO PRIMERO: Que, desde lo expuesto en los fundamentos anteriores, se tiene que el fiscal afirmó la procedencia delictiva del dinero utilizado por los imputados favorecidos por la excepción de naturaleza de acción —derivado de actividades de tráfico ilícito de drogas—, el mismo que sirvió para diversas adquisiciones de bienes, actividades de construcción de viviendas, operaciones bancarias o actos de comercio.

El encausado Lagos Lizarbe, quien habría entregado dinero ilícito a nueve de sus coencausados, desde el año mil novecientos noventa y tres registra procedimientos penales y requisitorias, todas por delito de tráfico ilícito de drogas —en Huaraz, Huacho, Tacna, Piura (su conocimiento pasó a la Sala Penal Nacional), incluso en Chile—. Él permanentemente ha estado buscado por la policía, por eso inclusive huyó al extranjero, y sistemáticamente se le asoció con hechos graves de tráfico ilícito de drogas. Es evidente que tal situación le impedía realizar actividades lícitas con entidad suficiente para aportar dinero a TERCEROs (la pericia contable reformulada número cero dos guión dos mil doce guión PPEE oblicua LA oblicua FT oblicua SPN guión PJ de fojas veinte mil seiscientos treinta, en esa perspectiva, establece que registra un desbalance patrimonial de quinientos noventa y cinco mil cuatrocientos noventa y ocho punto setenta y tres soles y ciento setenta y siete mil quinientos veintisiete cero siete dólares americanos) —la última causa, del dos mil siete, dio lugar a que se le detenga posteriormente en dos mil nueve, como se evidencia del oficio de fojas siete mil novecientos setenta y nueve cursado por el INPE del cinco de noviembre del dos mil nueve, previa requisitoria desde ese año dos mil siete—; además, no se sabe qué sucedió con la causa en Chile y con lo acontecido en relación a las requisitorias procedente de los órganos judiciales de Huacho y Huaraz —hechos que se deben esclarecer en el acto oral—. Luego, no se puede sostener con firmeza —lo que es un problema probatorio, ajeno a la excepción analizada— que los montos aportados, entregados o recibos, según el caso, no proceden una actividad criminal asociada al tráfico ilícito de drogas, a partir de la sola absolución por uno de los delitos atribuidos. Por lo demás, la sentencia absolutoria por el último delito de tráfico ilícito de drogas, por UN transporte de clorhidrato de cocaína decomisado el veintiuno de noviembre del dos mil siete, proceso en el que fue capturado en

mayo del dos mil diez, merece un análisis más profundo en orden a la influencia de ese fallo con relación al delito de lavado activos, es decir, si de alguna manera se presentaría lo que un sector de la doctrina procesalista denomina "cosa juzgada refleja" —eficacia de la cosa juzgada refleja en otro juicio penal— que diría de la relación que puede existir entre el delito precedente y el delito de lavado de activos (así, por ejemplo, en la doctrina procesalista penal: CARNELUTTI, DE LA OLIVA, GIMENO SENDRA, etcétera). Por otro lado, debe tenerse en cuenta la propia vinculación del encausado con personas que sí han sido condenadas por delito de tráfico ilícito de drogas. Siendo así, el recurso acusatorio debe estimarse y así se declara. No es procedente, en ningún caso, la excepción de naturaleza de acción.

3. DEL EXTREMO ABSOLUTORIO DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA

DECIMO SEGUNDO: Que, en lo referente al encausado Velasco Heysen, la absolución se circunscribe al aporte de ochenta mil dólares americanos que fue entregada a su conviviente Nelly de la Cruz Jones por intermedio de Esquivel García, dinero que habría servido para que esta última lo invierta en la construcción de tres pisos de una vivienda de su propiedad, ubicada en el jirón Domingo Martínez Luján número cuatrocientos noventa y dos - Surquillo. Es de tener presente que el imputado Velasco Heysen ha sido condenado por integrar una organización delictiva dedicada al tráfico ilícito de drogas, a raíz de un cargamento decomisado de aproximadamente setecientos noventa kilogramos de clorhidrato de cocaína, organización que, antes, en [el] dos mil cinco estuvo involucrado en similar cargamento de mil kilogramos de clorhidrato de cocaína. Las vicisitudes de esa integración delictiva, según se destaca, es que dicho encausado asumió un rol —aunque este en una organización delictiva es intercambiable o variable—, que consistía en intervenir en el ámbito de empresas de fachada que permitieran configurar exportaciones con una apariencia de legalidad: productos hidrobiológicos por ejemplo, para lo cual recibía dinero de la organización, sin perjuicio por cierto tener dinero ilícito como consecuencia de esa actividad delictiva.

Se afirma que dicho encausado derivó ochenta mil dólares americanos que fueron entregados a su ex conviviente De la Cruz Jones, dinero que sirvió para la construcción de varios pisos del inmueble de esta última. Acerca de ese dinero y de su entrega a De la Cruz Jones, en el proceso penal por delito de tráfico ilícito de drogas se estableció que Esquivel García, por encargo de Velasco Heysen, lo

desembolsó a la indicada De la Cruz Jones. Tal hecho ha sido declarado probado —el encausado Esquivel García fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas por su adscripción a esa organización criminal y el desempeño de tareas concretas en la ejecución del delito en mención— y, por tanto, no es posible negarlo como alude en su declaración plenarial de fojas diecisiete mil trescientos cuarenta y nueve —es el efecto o eficacia "ultra rem" de la cosa juzgada penal en el (otro) juicio penal—. Así las cosas, queda reforzado este dato fundamental, primero, con el resultado final de las pericias contables realizadas a Velasco Heysen que establecen, más allá de reformulaciones y diferencias de montos, que este registra un desbalance patrimonial por ingresos lícitos; y, segundo, con similares pericias realizadas a la encausada De la Cruz Jones, que también arrojaron desbalance patrimonial por ingresos lícitos.

DECIMO TERCERO: Que, en lo atinente a la encausada DE LA CRUZ JONES, se tiene que declaró que está separada de Velasco Heysen desde tiempo atrás y que no recibió dinero de este último [declaración plenarial de fojas quince mil ciento dos]. Empero, no brindó una versión uniforme sobre el origen del dinero con el que construyó parte del inmueble cuestionado. Inicialmcnte dijo que lo obtuvo por actividades informales [instructiva de fojas once mil novecientos .veintidós], luego en el juicio oral acotó que su yerno Pitta Silver aportó dinero suyo con esa finalidad —antes no dijo eso—.

No existe duda acerca de la entrega de ochenta mil dólares por parte de Velasco Heysen, luego, la versión de la pérdida de todo contacto con la separación alegada carece de sustento. Tampoco existe duda de que ella, en sí misma, no tenía ingresos propios legítimos, para pagar la construcción que realizó.

El hecho de no haber tenido una versión uniforme acerca de cómo pudo conseguir dinero para financiar la construcción cuestionada, unido a que no existen pruebas del aporte de su yerno, revelan la realidad de un aporte de dinero procedente del narcotráfico.

En conclusión, el recurso acusatorio respecto de ambos acusados por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

No es de aceptar el cargo por la adquisición del vehículo de placa de rodaje BGG guión ciento setenta y nueve, puesto que es ajena a esa transacción. Se le incluyó en el acta de transferencia porque sería cónyuge de Velasco Heysen, lo que se demostró no es así —fue solo su conviviente—. La partida de matrimonio de fojas veinte mil cuatrocientos cuarenta y cinco es definitiva al respecto. Asimismo,

el acta de transferencia legalizada de fojas doce mil trescientos seis no fue firmada por ella.

DECIMO CUARTO: Que, en lo concerniente a los imputados Fernando Jara Benites, Pedro Jara Polo, Fulvia Benites Storck de Jara, Humberto Gonzalo Saldaña León y Bertha Jacoba Jara Villaorduña, se tiene lo siguiente:

1. El acusado Jara Benites fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas por integrar la organización criminal dedicada al indicado delito luego de haber sido descubierta en octubre de dos mil siete con un transporte de setecientos ochenta y nueve mil ochocientos treinta y siete punto cero cero kilogramos de clorhidrato de cocaína. Según la sentencia, era el encargado del transporte, seguridad y entrega de la droga del VRAEM a Piura.

2. Dicho encausado está vinculado al líder y financista, el encausado ausente Esteban Rosenberg Ramírez Coz. Además, el veintinueve de agosto del dos mil siete —fecha compatible con su actividad de tráfico ilícito de drogas— adquirió en tres mil dólares americanos el vehículo de placa de rodaje SOT guión novecientos cuarenta y uno. Ese vehículo, luego de tres meses, el tres de diciembre de dos mil siete lo transfirió a sus padres, encausados Pedro Jara Polo y Fulvia Benites Storck de Jara, quienes a los quince días, el dieciséis de enero del dos mil ocho lo vendieron a sus parientes Humberto Gonzalo Saldaña León y Bertha Jacoba Jara Villaorduña. el cual a su vez se vendió ocho meses después, el veinticinco de setiembre del dos mil ocho, en veinte mil seiscientos cincuenta soles a Milagros Dioses Mendoza.

3. Ese vínculo de parentesco, la actividad de tráfico ilícito de drogas de Jara Benites y su lógica vinculación con el líder de la organización delictiva, la ausencia de negocios lícitos —limpios de toda vinculación con el tráfico ilícito de drogas, actividad de suyo generadora de activos ilícitos—, y la acreditación pericial de desbalance patrimonial por ingresos lícitos de todos ellos [pericia contable reformulada de fojas veinte mil seiscientos treinta], constituyen indicios plurales y convergentes del hecho delictivo en cuestión.

4. Se trata, finalmente, de indicios graves y concordantes entre sí de que la adquisición y sucesivas transferencias del vehículo, para venderlo finalmente a un tercero a un precio muy superior al que se dijo

adquirido —lo que, por lo demás, pone en cuestión el valor inicial de compra—, y revela una clara conducta de lavado y una intencionalidad de ocultar su origen delictivo. No existe una explicación plausible en contrario ni medios de prueba —contraindicios— solidos que apunten a un enlace distinto. En tal virtud, el recurso acusatorio respecto de los cinco acusados por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

DECIMO QUINTO: Que, en lo que respecta a la encausada GARCÍA BURITICÁ, de nacionalidad colombiana, es de destacar lo siguiente:

1. Fue condenada mediante sentencia conformada de fojas mil doscientos por sus actividades de tráfico ilícito de drogas con la organización criminal liderada por el encausado ausente Esteban Rosenberg Ramírez Coz.

2. El doce de diciembre del dos mil cinco —llegó a Perú en dos mil tres y con anterioridad, se vinculó a Ramírez Coz en ese país— adquirió de Carlos Javier Bustamanle Acuña por cinco mil novecientos dólares el vehículo de placa de rodaje AQH guión seiscientos veintidós, el cual luego —en diciembre del dos mil siete— fue vendido a su hermana Victoria Eugenia García Buriticá. También entregó, a mediados de dos mil siete, ochenta mil dólares a Esquivel García para su recepción por Velasco Heysen.

3. Su vinculación con un narcotraficante líder de una organización delictiva ha sido reconocida por ella misma en diversas actuaciones —su conocimiento de la actividad delictiva de Ramírez Coz lo admitió expresamente, según su declaración preliminar en la causa de tráfico ilícito de drogas de fojas catorce mil veinte— y, por ello, se sometió a la conformidad procesal, luego, no es del caso aceptar una ulterior retractación en sede plenarial en esta causa, sin duda con la finalidad de alejarse del delito de lavado de activos y no comprometer a terceros. Ante la condena y su inicial posición procesal, no puede aceptarse que no realizó actividad delictiva vinculada al tráfico ilícito de drogas y que el dinero entregado a Velasco Heysen nunca tuvo lugar.

4. Sostiene dicha encausada, respecto de la adquisición del vehículo, que lo obtuvo producto de un préstamo de su amiga Rosas Ramos Campos [declaración plenarial de fojas trece mil novecientos ochenta. En su

> declaración plenarial de fojas catorce mil trescientos treinta y cuatro ratificó que entregó dinero a Velasco Heysen], No hay prueba sólida de tal situación; la documentación que aportó no es contablemente sustentable. Además, las pericias contables son claras: arrojan, como conclusión, un desbalance patrimonial por ingresos ilícitos [véase, por ejemplo, la pericia contable reformulada de fojas veinte mil setecientos cuarenta y seis].

Se trata de una condenada por delito de tráfico ilícito de drogas, que realizaba actividades compatibles, funcionales y/o complementarias a la actuación delictiva del líder de la organización criminal Ramírez Coz desde [el] dos mil tres, y que en ese marco delictivo proporcionó dinero a Velasco Heysen y, además, sin la menor duda, como consecuencia de sus ingresos de procedencia delictiva, adquirió un vehículo, el cual, como luego se le sometió a investigación por tráfico ilícito de drogas, lo transfirió a su hermana Victoria Eugenia —dice la referida encausada, sin base probatoria, que lo vendió para pagar las exigencias delictivas de los policías: declaración plenarial de fojas catorce mil once, del veintisiete de agosto del dos mil doce—, es evidente que tal vehículo y los actos ulteriores de adquisición y subsecuente transferencia del mismo son propios del lavado de activos.

En consecuencia, el recurso acusatorio por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

4. DEL EXTREMO CONDENATORIO DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA

DECIMO SEXTO: Que, con relación a la encausada DORA MARCELA RAMÍREZ COZ, se tiene que es hermana del encausado Esteban Rosenberg Ramírez Coz, líder de la organización delictiva intervenida por la policía en [el] dos mil y dos mil siete, y de Gloria Ramírez Coz, vinculada a esa organización criminal; ambos con la causa reservada por haber huido de la acción de la justicia. El dieciséis de junio del dos mil cuatro dicha encausada adquirió dos viviendas y una cochera —las viviendas en cuarenta y tres mil dólares americanos cada una y la cochera en cuatro mil dólares americanos—, y vendió una vivienda el veintinueve de diciembre del dos mil seis a los esposos José Lorenzo Pinto Guillen y Carla Vanella Reátegui Amayo a sesenta y dos mil quinientos dólares [véase fojas seiscientos noventa y cinco, setecientos tres, setecientos treinta y dos, setecientos cuarenta y dos, setecientos cuarenta y siete y setecientos cincuenta y cuatro; y,

fojas siete mil trescientos cuarenta y seis guión setecientos cuarenta y uno, dos mil setecientos veinticinco, diez mil setecientos ochenta y dos, setecientos cuarenta y ocho, setecientos cincuenta y dos y dos mil setecientos veintiuno].

Dice la encausada que esos bienes los adquirió con su trabajo, mayormente como prestamista, y porque su esposo —quien es médico y con el que vivió desde mil novecientos noventa y ocho al dos mil cinco— mantenía el hogar. Este último, sin embargo, no aparece como copropietario, cuya explicación estriba en que tiene una hija extra matrimonial y varias amantes [declaración plenarial de fojas veintidós mil cincuenta y ocho]. La adquiriente de una de las viviendas señaló que el monto de la venta fue de cincuenta y nueve mil dólares americanos y que cuando entregó el cheque de gerencia estuvo presente la encausada Gloria Ramírez Coz, la cual conversó sobre el cheque con Dora Ramírez Coz [declaraciones de fojas seiscientos ochenta y cinco —con fiscal— y diez mil cuatrocientos quince].

Las pruebas periciales, en su conjunto, son claras en que su actividad económica lícita no permite la adquisición de esos inmuebles, aun cuando se considere a su esposo Aliaga Carhuanchot —cuya declaración no es mayormente relevante, quien apunta que ella le 'administraba' su sueldo [fojas cientos veintiocho y diez mil cuatrocientos veintiuno] — . La pericia reformulada es definitiva y ha sido correctamente explicada [ratificación pericial plenarial de fojas veintiún mil doscientos veintidós].

Tal conclusión pericial: véase fojas veinte mil quinientos sesenta y cinco —no se tiene constancia sólida de una actividad lícita que explique sus ingresos e inversiones — unido al vínculo con sus dos hermanos, relacionados con la actividad de tráfico ilícito de drogas, al punto que en la venta de un inmueble estuvo presente su hermana, la encausada Gloria Ramírez Coz revela que la única explicación a las adquisiciones es el dinero proporcionado por sus familiares, vinculados al tráfico ilícito de drogas.

Se indica que como los bienes se compraron antes del año dos mil cinco, fecha de la primera intervención policial con un cargamento de cerca de mil kilogramos de clorhidrato de cocaína, es decir, con anterioridad a junio de dos mil cuatro —pero posterior a la venta de uno de los predios—, no es posible estimar que existe actividad delictiva precedente. Empero, no puede circunscribirse la fecha de la actividad delictiva al momento de la intervención policial, y si se tiene en cuenta el nivel —cuantía y calidad— del transporte de droga y lo prolongado de las acciones de coordinación, incorporación de individuos a la red delictiva, determinación de las fuentes de abastecimiento y contactos, obtención y reunión

del capital y logística necesaria, así como fijación de rutas de transporte, lugar de colocación de la droga y vínculos con el exterior, es de entender que esa actividad tiene muchos años previos de concreción y que los principales líderes y los cuadros intermedios han tenido que tener experiencia previa en esos menesteres —a los escalones delictivos de una organización criminal no se arriba de improviso o automáticamente y, menos, sin una carrera delictiva y vínculos criminales que la explique—. El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, debe desestimarse y así se declara.

DECIMO SÉTIMO: Que, con respecto al encausado ENRIQUE JOSÉ YATACO MADUEÑO, se tiene que era conviviente de Silvana Milagros Veles de Villa Ramírez, sobrina de los tres encausados Ramírez Coz: Esteban, Gloria y Dora. Reconoció que a instancias de Esteban Ramírez Coz actuó como "fachada" en la adquisición de tres predios: el PRIMERO, el ocho de noviembre del dos mil cuatro: vivienda número ciento cuatro y el estacionamiento número ciento sesenta y cinco, del jirón Manuel Belgrano número ciento setenta y uno urbanización Fundo Cueva, Buenamuerte - Pueblo Libre, por cuarenta y seis mil dólares americanos, que luego, por intermedio de Gloria Ramírez Coz fue vendido por su esposo Javier Roger Raúl Vargas Herrera y Ángela Isabel San Miguel Vargas por cincuenta y nueve mil dólares americanos; el segundo, el día veinticinco de mayo del dos mil cinco: vivienda Estancia Emperatriz, Condominio Isla Cerdeña-San Pedro de Lurín por doscientos sesenta y cinco dólares americanos, luego vendido, el doce diciembre del dos mil siete, por solo setenta mil dólares americanos a Ricardo José Bautista Carranza; y, el tercero, el mismo día veinticinco de mayo del dos mil cinco: departamento número doscientos cinco y garaje número dos, del edificio Palermo, en Proyecto Residencial Islas de San PedroLurín por la suma de ciento tres mil setecientos mil dólares americanos, que luego fue vendido al encausado reservado Ricardo José Bautista Carranza a solo cincuenta mil dólares americanos el mismo día doce de diciembre del dos mil siete [fojas novecientos setenta y nueve, novecientos ochenta y siete, novecientos treinta y cinco, novecientos cincuenta y cinco, novecientos cuarenta y cinco y novecientos sesenta y cinco].

Las pericias acreditaron que no podía tener el dinero para adquirir esos muebles [fojas veinte mil ciento sesenta y veinte mil setecientos ocho]. Él declaró que actuó como propietario a instancias de Esteban Ramírez Coz, quien le dijo que como atravesaba un proceso de divorcio no podía la propiedad de dichos bienes con su esposa, por lo que le pidió los bienes figuraran a su nombre, lo que aceptó para congraciarse con su familiar; agregó que no mantuvo contacto

alguno con los compradores [fojas once mil doscientos noventa y siete, catorce mil setecientos cincuenta y uno, quince mil ochenta y cuatro y veintidós mil treinta y tres]. Según el acta de reconocimiento de fojas novecientos noventa y tres Esteban Ramírez Coz estuvo en las negociaciones de la adquisición de la Vivienda Estancia Emperatriz.

Es evidente, entonces, que quien aportó el dinero para estas adquisiciones, luego vendidas a un precio muy inferior —lo que ya es sintomático de su carácter ilegal—, es el reo ausente Esteban Ramírez Coz. Muchas viviendas intervenidas en esta causa están vinculadas entre sí, lo que, igualmente, permite destacar la presencia del dinero del narcotráfico correspondiente a Esteban Ramírez Coz. El desconocimiento de la actividad delictiva de este último por parte de Yataco Madueño es inaceptable. Tanto dinero transferido para adquirir propiedades, con quien se tenía un vínculo lejano, solo se explica por una relación de confianza cercana; y, además, la actividad que lo sustentaba, el tráfico ilícito de drogas, no podía ser desconocida a Yataco Madueño. Lo uno atrae a lo otro. Él estaba en condiciones de conocer lo mal habido del dinero y la actividad delictiva de su pariente político lejano; el conocimiento se le atribuye en razón a ese vínculo, a la cantidad de dinero proporcionada, y al hecho de que Ramírez Coz no tenía actividad empresarial lícita —lo que no podía ser ignorado, pues se dedicaba al tráfico ilícito de drogas.

El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, debe rechazarse y así se declara.

DECIMO OCTAVO: En cuanto a rolando Eugenio Velasco Heysen, él fue condenado por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas por las actividades de tráfico ilícito de drogas perpetradas por la organización delictiva liderada por Esteban Ramírez Coz —se le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad— [véase sentencia de instancia de fojas dieciséis mil setecientos noventa y seis y Ejecutoria Suprema de fojas veintiún mil novecientos setenta].

Dos son los cargos que se atribuyen: el primero, está referido al aporte de ochenta mil dólares americanos, que ya ha sido objeto de examen en base a una indebida absolución por ese hecho; y, el segundo, se circunscribe a que recibió y movilizó dinero en sus cuentas bancarias, a partir de mil novecientos a dos mil siete, de los bancos Interbank, República y Continental. Finalmente, la pericia reformulada número cero dos guión dos mil doce guión PPEE oblicua LA guión FT oblicua SPN guión PJ de fojas veinte mil seiscientos setenta y nueve fija el desbalance patrimonial en seiscientos ocho mil trescientos cincuenta y ocho punto noventa y ocho soles.

El error respecto a una duplicidad de una transferencia del Banco Interbank fue de los peritos del Ministerio Público [véase acta de fojas veintiún mil trescientos diecinueve], no así de los peritos oficiales: pero, pese a tal error, los peritos de la Fiscalía, por los montos movilizados, se ratifican en el desbalance patrimonial. Las operaciones que dice realizó carecen de sustento. Las actividades que expresa realizó no están justificadas con documentos contablemente sustentables; es claro que cada operación debe tener un sustento, lo que no consta en autos, como acotaron los peritos. La documentación financiera es la que sirvió de base a la peritación contable. Lo expuesto permite establecer fundadamente que no solo realizaba actos de tráfico ilícito de drogas sino que también esos ingresos ilícitos eran bancarizados y utilizados en su propio beneficio. El dinero obtenido delictivamente por diversos mecanismos lo incorporaba al sistema financiero. Está probado, pues, el delito de lavado de activos derivados del tráfico ilícito de drogas. El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, no puede prosperar y así se declara.

5. DE LAS PENAS IMPUESTAS Y DE LA REPARACIÓN CIVIL FIJADA

DECIMO NOVENO: Que el delito de lavado de activos se ha cometido durante la vigencia de las tres primeras normas con rango de ley. La última actividad delictiva se perpetró, en el caso de Ramírez Coz cuando regía la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, y en el caso de los demás imputados cuando regía Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis. Se ha impuesto penas privativas de libertad inferiores al mínimo legal de veinticinco años y al marco de días multa. Empero, tal situación no puede repararse por prohibirlo el principio de interdicción de la reforma peyorativa.

VIGÉSIMO: Que la fijación de la reparación civil se concreta en función al principio del daño causado, es decir, no solo de la entidad del injusto penal, sino de su propia proyección social y de los efectos lesivos que entraña. Es verdad que la Fiscalía solicitó ochocientos mil soles por concepto de reparación civil [fojas doce mil ciento siete, del dieciocho de agosto del dos mil once] y que la Procuraduría Pública alternativamente pidió un millón de soles [fojas doce mil setecientos ochenta y siete de veinticuatro de abril de dos mil doce], sin embargo el monto fijado por el Tribunal Superior es amparable teniendo en cuenta el monto del dinero y bienes blanqueados, así como las medidas de decomiso impuestas.

El recurso acusatorio no puede prosperar.

12. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

A. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL

145

§145. Configuración del delito de Falsedad documental

Casación	1121-2016-PUNO
Fecha	12 de julio de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 49, art. 427 del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°, 12° y 13°.

RESUMEN:

La configuración del delito de falsificación de documentos no exige la materialización de un perjuicio, tan solo es necesario un perjuicio potencial e idóneo para generarlo.

La parte última del primer párrafo del artículo 49 del Código Penal establece una circunstancia agravante de la comisión de un delito continuado, que en doctrina se conoce como delito masa, para su configuración debe verificarse que el sujeto pasivo está compuesto por un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa.

FUNDAMENTOS:

IV. Del ámbito de la casación:

QUINTO: Ante la sentencia condenatoria emitida a nivel de segunda instancia, el recurrente, interpuso recurso de casación excepcional —fojas 190 del cuaderno de apelación— que fue declarado bien concedido por las causales 3 y 5 del artículo 429 del CPP, respecto a la errónea interpretación del artículo 49 del Código Penal —delito continuado y delito masa—; así como, la existencia de jurisprudencia disímil respecto al delito de falsificación en función al elemento objetivo del perjuicio. (Véase fundamento jurídico 7 y 8 de la ejecutoria suprema a fojas 66 del cuaderno de casación)

V. Considerandos jurídicos

A. El delito de falsificación —artículo 427 del Código Penal—

SEXTO: El delito de falsificación de documentos está regulado en nuestro ordenamiento de la siguiente forma:

"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 sesenta y cinco 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".

SÉTIMO: En el delito de falsificación de documentos se puede identificar los siguientes elementos objetivos:

1) crear un documento falso o adulterar uno verdadero, usar alguno de los citados (segundo párrafo);

2) la idoneidad del engaño; y,

3) la posibilidad de un perjuicio; cada uno de los citados elementos es abarcado por el dolo: es decir, el sujeto activo del delito —que puede ser cualquier

persona— tendrá conocimiento y voluntad de realización de cada elemento del tipo penal.

OCTAVO: A efectos del presente recurso de casación, es pertinente pronunciarnos respecto al elemento objetivo referido al perjuicio, para poder determinar si el tipo penal en mención refiere un perjuicio concreto o potencial. De la redacción típica se puede advertir que tanto el primer como segundo párrafo señalan: *"(...) puede resultar algún perjuicio (...)", "(...) pueda resultar algún perjuicio*, es decir, refieren una posibilidad, una potencialidad de peligro, mas no exigen que dicho perjuicio sea concretado para la configuración del ilícito.

NOVENO: Pese a que la redacción del tipo penal es clara, pues no presenta ambigüedad en su redacción, la jurisprudencia de este Tribunal suprema ha sido discordante a lo largo del tiempo: por ejemplo se tiene el Recurso de Nulidad N°027-2004, que en su fundamento jurídico N°5, señala que: *"(...) es necesario precisar que el presupuesto infaltable para que se configure la antijuricidad, es el perjuicio que se causa con la utilización del documento en cuestión; en ese sentido. (...) no se ha causado ningún perjuicio a la entidad agraviada; por ende, al no concurrir el elemento substancial objetivo, es inexistente la condición objetiva de punibilidad (...)"*, por tanto, se puede advertir que el razonamiento plasmado en la citada ejecutoria se basa en considerar al perjuicio efectivo como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, dicho razonamiento es errado, en tanto no tiene un sustento normativo.

DECIMO: Como se señaló el tipo penal de falsificación no presenta ambigüedad en su redacción referente al perjuicio; pues señala claramente que para la configuración del delito basta la potencialidad e idoneidad del mismo; así, en uno de sus últimos pronunciamiento esta Corte Suprema mediante **el Recurso de Nulidad N°2279-2014, Callao, en su fundamento jurídico N° .4,** ha señalado que: "*la condición objetiva de punibilidad en esta clase de ilícitos es la posibilidad de causar perjuicio al agraviado y no perjuicio efectivo para considerarse típico, por cuanto el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública referidos al tráfico jurídico correcto* (...)".

Así, para la configuración típica en un caso concreto se deberá considerar como típica la sola potencialidad de perjuicio —no se requiere su concretización—.

B. El delito continuado y el delito masa —artículo 49 del Código Penal—

DECIMO PRIMERO: El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 49 del Código Penal, señalando que:

> *Artículo 49.- Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave (...).*

En ese sentido, los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son:

1) pluralidad de acciones delictivas —posibles de individualización—;
2) afectación del mismo bien jurídico;
3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor: y,
4) unidad de designio criminal.

Así, precisa García Cavero que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito.

DECIMO SEGUNDO: El delito continuado, establecido en el artículo 49 del Código Penal, conforme la regulación nacional prevé una agravante en la parte última del primer párrafo, en función al sujeto pasivo del cielito, señalando que: *"(...) Si con dichas violaciones, el agente hubiera **perjudicado a una pluralidad de personas**, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave"*. Ello es conocido en doctrina como delito de masa o delito colectivo, citada agravante requiere sancionar aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el delito continuado fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con mismo artificio.

DECIMO TERCERO: Se requiere enfatizar que el delito masa implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa. El clásico supuesto de configuración de un delito masa son los fraudes colectivos, donde el sujeto pasivo no está representado por una o dos personas, sino por una multitud o una pluralidad cuantiosa, muchas veces indeterminada.

II.

DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES

A. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

146

§146. Presunción de inocencia y motivación de sentencias

Casación	03-2007-HUAURA
Fecha	07 de noviembre de 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. II T. P., 425º.2 y 429º del NCPP.

RESUMEN:

En el contenido esencial de la presunción de inocencia se encuentra la exigencia de que ***la actividad probatoria realizada en el proceso*** *–y que solo puede ser valorada por el Juez Penal y la Sala Penal Superior-* ***sea suficiente como para desvirtuar mencionada presunción****, lo que implica que las pruebas versen sobre hechos objeto de imputación y que exista vinculación entre el imputado y esos hechos. Por otro lado, las pruebas valoradas deben tener carácter incriminatorio suficiente para sustentar un fallo en dicha dirección.*

Para evitar la afectación de la presunción de inocencia, ***el Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente las razones de un concreto pronunciamiento****, así como los elementos en los que se ha basado para adoptar su decisión, es decir, una argumentación racional que satisfaga el principio de razón suficiente consignando expresamente el material probatorio -describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante- y valorándolo de forma que se evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo.*

FUNDAMENTOS:

"Del segundo motivo casacional. Presunción de inocencia:

SEXTO: El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria. Afirma que la versión de la agraviada es incoherente y divergente; que los testigos directos, hermanos de la víctima, no brindaron un relato circunstanciado del hecho; que la explicación del perito médico legista no es imparcial; que el reconocimiento de persona en el juicio oral no cumplió con las exigencias legales que lo regulan; que se ha valorado su declaración como si fuera un medio de prueba; y que su estancia en Cañete ha sido probada con prueba testifical.

SÉPTIMO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que ***la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente*** –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, *primero,* que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, *segundo,* que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior.

OCTAVO: De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de la partida de nacimiento y de la pericia médico legal, debidamente explicada por el médico legista en el acto oral –que dan cuenta del hecho típico–. La vinculación del imputado con el hecho, según los fallos de instancia, se acredita con las declaraciones de dos testigos presenciales, parientes de la menor agraviada, que también declaró y señaló al imputado como autor del delito en su perjuicio –incluso lo reconoció en el juicio oral, a quien ya conocía–. Se descartó como pruebas de descargo capaces

de perder rigor a las pruebas de cargo las declaraciones de los dos testigos ofrecidos por el imputado.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aporta cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

Se cuestiona la corrección jurídica del reconocimiento realizado por la menor agraviada porque no se cumplió el artículo ciento ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal. Si bien no se trató, propiamente, de un reconocimiento en rueda, y aún cuando es de entender que el reconocimiento es, por su propia naturaleza –de identificación de la persona del imputado cuando no se sabe con certidumbre quién es ese imputado–, una diligencia sumarial de carácter preconstituido que se debe realizar inmediatamente de cometido el hecho –con lo que se evita un cambio de apariencia del presunto autor, así como probables distorsiones en la memoria o recuerdo del testigo como consecuencia del transcurso del tiempo o la concurrencia de influencias ilícitas sobre él–, es de resaltar que, en el caso de autos, el imputado era conocido por la agraviada y los testigos de cargo, y que el examen probatorio que se llevó a cabo no descansa únicamente en esa diligencia [el reconocimiento, como acto procesal singularizado, no excluye su consideración de prueba testifical, pues sirve para que quien presenció los hechos lleve al órgano jurisdiccional un dato concreto que él pudo percibir, esto es, la identidad del delincuente, que es, precisamente, lo que se ha hecho en el presente proceso]. Su carácter subsidiario –por ser tal, existen incluso otras medidas de identificación–, en tanto corren en autos otras fuentes de prueba, ya incorporadas a través de las testificales antes anotadas, revela la falta de necesidad de su actuación y, por ende, no permite la aceptación de la denuncia de vulneración de la presunción de inocencia.

Llama la atención que se indique que las explicaciones del perito en el acto de la audiencia denotan falta de imparcialidad. Precisar su hallazgo pericial y responder preguntas acerca del origen del mismo, sin que ellas en modo alguno puedan calificarse de arbitrarias o fuera de contexto, desde luego no perjudica lo validez y solvencia de la prueba pericial.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO: El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación la falta de motivación de la sentencia, *"...cuando el vicio resulte de su propio tenor"*. Esto último significa que para su análisis no se ha de acudir a un acto procesal

distinto de la propia sentencia, y que su examen comprenderá el propio mérito o contenido de la misma.

La motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión –no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate–.

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: ***a)*** Consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo–; y, ***b)*** Valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectivo–.

DÉCIMO: Alega el recurrente que la sentencia de vista no compulsó adecuadamente las 'escasas e inconsistentes' pruebas de cargo, así como las pruebas de descargo. Asimismo, denunció que el Tribunal invocando el artículo cuatrocientos veinticinco apartado dos del nuevo Código Procesal Penal no otorgó diferente valor probatorio a la prueba personal, pero omitió una revisión unitaria y conjunta de las pruebas de cargo y de descargo.

El Tribunal de Apelación en su sentencia de vista ha dado mérito a la sentencia de primera instancia. Se trata, entonces, de un "fallo por remisión", cuya legitimidad no se descarta en tanto en cuanto la sentencia de primera instancia mencione las pruebas de cargo y de descargo, precise su contenido y, finalmente, las valore y justifique su conclusión condenatoria. Ello sucedió en el presente caso, a lo que agregó dos razones específicas: ***a)*** La ausencia de incredulidad subjetiva de la declaración de los hermanos de la víctima, en cuanto testigos presenciales de cargo, que confirman la versión de la víctima; y, ***b)*** La reiteración de sus argumentos por los testigos de descargo en la audiencia de apelación, respecto de los cuales no puede otorgarles diferente valor probatorio en virtud del artículo cuatrocientos veinticinco apartado dos del nuevo Código Procesal Penal.

UNDÉCIMO: Es verdad, como se dejó expuesto en la Casación número cinco – dos mil siete / Huaura, del once de octubre de dos mil siete, que las

pruebas personales tienen un ámbito no accesible al control del Tribunal de Revisión, derivado del principio de inmediación. Empero, se insistió, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: ***a)*** Puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo-; ***b)*** Puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; ***c)*** Ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

El Tribunal de Apelación asumió los criterios del Tribunal de Primera Instancia; y, estos revelan, como implícitamente afirmó, su contundencia, racionalidad y coherencia interna como prueba válida de cargo, con entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia.

El déficit de argumentación, en esos términos, no es constitucionalmente relevante. Además, se justificó –con un contenido propio– la validez de la prueba de cargo, incorporando los argumentos de valoración que este Supremo Tribunal tiene sentado, de las declaraciones de la víctima, así como se aportaron argumentos adicionales para sostener la credibilidad de las declaraciones de los testigos presenciales, las que se correlacionaron con las de la víctima. Esto último importó, a su vez, desestimar las declaraciones de descargo tendientes a probar la coartada del imputado de haber estado en otro lugar cuando sucedieron los hechos –respecto de las cuales se apuntó que no aportaron elemento probatorio distinto y relevante con entidad para variar la valoración del Tribunal de Primera Instancia–, argumento final que en sí mismo no vulnera las reglas de la experiencia común. Por consiguiente, el Tribunal de Apelación no se limitó a resumir el derecho aplicable y a renglón seguido, sin más, desestimar los motivos del recurso.

Finalmente, el análisis judicial de la prueba testimonial en modo alguno se ve disminuido o limitado porque la parte contraria, formalmente, no tachó al testigo o impugnó el contenido o información que proporcionó, puesto que corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda.

El motivo carece de virtualidad." (Sic.)

147

§147. Presunción de inocencia

Recurso de nulidad	2132-2018-LIMA
Fecha	23 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Chávez Mella.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. II del TP del NCPP.

RESUMEN:

En el caso concreto, el delito de robo agravado en grado de tentativa se ha llegado a materializar; sin embargo, la vinculación del aludido delito con el acusado no ha sido acreditada, en la medida en que la prueba actuada (presuntamente directa e indiciaria) no genera convicción sobre la responsabilidad penal del recurrente. Es de remarcar que el derecho a la presunción de inocencia (literal e del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado) exige no solo que se pruebe el hecho delictivo, sino también la vinculación del imputado con tal evento. En otras palabras, probar un hecho delictivo no implica necesariamente que el imputado sea su autor o haya participado en su perpetración.

FUNDAMENTOS:

I. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

PRIMERO. La defensa del procesado Juan Manuel Sosa Portocarrero, en el recurso de nulidad –foja 555–, insta su absolución de los cargos incriminados. Los agravios están centrados en cuestionar la valoración de las pruebas, esto es,

las declaraciones testimoniales del agraviado Félix Huanca Iquise, del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco, de los efectivos policiales Marco Antonio Díaz Cachay y Juan Antonio Caycho Salinas, en tanto que ninguno de ellos lo sindicó o identificó plenamente, y mucho menos brindaron las características de las personas que participaron en el hecho delictivo. Denuncia también la indebida valoración de la declaración del procesado. Precisó que si bien el vehículo con que se perpetró el delito fue alquilado al acusado, dicha circunstancia no basta para vincularlo directamente con el delito. Concluye que en el proceso no se han recabado suficientes medios probatorios que acrediten la responsabilidad penal en el hecho incriminado.

II. TESIS INCRIMINATORIA

SEGUNDO. El hecho incriminado al acusado Sosa Portocarrero ha sido definido en el dictamen acusatorio –foja 235–, donde se describe que el día doce de noviembre de dos mil cuatro, aproximadamente a las 05:45 horas, el agraviado Félix Huanca Iquise –comerciante repartidor mayorista de aves– llegó en su camión al mercado Ollantay e ingresó al mercado, mientras su ayudante Adolfo Mamani Incahuanaco se quedó en el interior del vehículo. En esas circunstancias, hizo su aparición un automóvil Tico de placa de rodaje BIO-159, del cual descendieron varios sujetos que portaban armas de fuego, los que lo amenazaron y le sustrajeron una balanza electrónica; luego, emprendieron la huida a bordo del referido vehículo.

Posteriormente, el agraviado Félix Huanca Iquise se percató de que una unidad móvil de la Policía Nacional del Perú remolcaba el vehículo Tico, de placa de rodaje BIO-159, en cuyo interior se encontraba la balanza que le había sido sustraída. Al respecto, los efectivos policiales Marco Díaz Cachay y Juan Caycho Salinas refirieron que, cuando realizaban patrullaje motorizado por las inmediaciones de las avenidas Solidaridad y Salvador Allende, se percataron la presencia del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159, el cual estaba ocupado por cuatro individuos que, al percatarse la presencia policial, huyeron raudamente, pero, al verse perseguidos, abandonaron el vehículo. Así, al efectuarse el registro del automóvil, se halló un arma de fuego, una licencia de conducir del acusado Sosa Portocarrero y una balanza electrónica.

El acusado Sosa Portocarrero fue involucrado en los hechos en la medida en que el aludido vehículo le había sido entregado en alquiler.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

TERCERO. La motivación de una sentencia condenatoria necesariamente tiene que abarcar la valoración de la prueba que genera la verdad judicial, la subsunción que debe abarcar todas y cada una de las categorías del delito, así como sus consecuencias jurídicas. En ese sentido, se aprecia que la sentencia condenatoria recurrida presenta defectos en la estructura de la motivación, por los siguientes detalles:

3.1. Precisa que se logró enervar la presunción de inocencia del acusado Sosa Portocarrero, en mérito a la sindicación directa del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco. Al remitirnos a dicha declaración –foja 9–, se advierte que no existe sindicación directa ni la plena identificación del acusado Sosa Portocarrero, como uno de los sujetos que habría perpetrado el delito. El aludido testigo solo se limitó a contextualizar la forma como sucedieron los hechos, esto es, la aparición de vehículo Tico de placa de rodaje BIO159, la presencia de varios sujetos a bordo del auto y la sustracción de la balanza mediante el uso de la amenaza con arma de fuego.

3.2. La sentencia continúa detallando que la sindicación e identificación realizada por el aludido testigo se encuentra corroborada con la declaración del agraviado Félix Huanca Iquise. De igual modo, al remitirnos a la declaración de este último –fojas 10 y 71–, evidenciamos que solo detalló el suceso de los hechos, conforme al relato de su ayudante, el testigo Adolfo Mamani Incahuanaco, quien solo atinó a ver la huida del vehículo, por lo que le fue imposible reconocer a los facinerosos.

3.3. Posteriormente, se analizó la declaración del acusado Sosa Portocarrero y se indicó que el descargo realizado por él no satisfacía a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, en la medida en que el acusado manifestó que fue víctima de robo del vehículo, horas antes del suceso de los hechos. No obstante, no colocó la denuncia respectiva –por el temor de ser detenido, pues estaba requisitoriado– ni dio aviso al propietario del vehículo. Así, su argumento de defensa quedó vencido, pues el acusado no contaba con requisitoria alguna cuando se realizó la búsqueda de las posibles requisitorias, lo que se consideró como prueba directa.

Este hecho revela un argumento de defensa del acusado que, en un supuesto hipotético, podría ser tomado como un indicio de mala justificación; sin embargo, un solo indicio no puede constituir prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado.

3.4. Además, indica que subyace un indicio concurrente que determina la vinculación del acusado con la comisión de los hechos; esto es, el indicio de presencia del acusado en el vehículo Tico de placa de rodaje BIO159. Sin considerar que todo indicio debe estar probado, ser plurales y concomitantes al hecho delictivo e interrelacionados entre sí. Por otro lado, la aludida prueba indiciaria requiere que se pruebe que el sujeto activo estuvo presente en el lugar en el que acontecieron los hechos, supuesto que no se cumple en el presente caso.

En el caso concreto, no existe elemento directo o indiciario de la participación del acusado en el hecho imputado, que lo situé en la escena del delito; la Sala Superior erró al considerar como prueba directa las declaraciones del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco y del agraviado Félix Huanca Iquise. Como ya se ha analizado, no existe sindicación directa hacia el acusado Sosa Portocarrero ni referencias que nos hagan suponer su participación en el hecho delictivo.

3.5. La sentencia afirma que la corroboración periférica también proviene de la declaración testimonial de los efectivos policiales Marco Antonio Díaz Cachay y Juan Antonio Caycho Salinas, quienes divisaron a cuatro sujetos a bordo del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159. Al percatarse de la presencia policial, los sospechosos emprendieron la huida, iniciándose así la persecución, en la que el chofer realizó maniobras para escapar; sin embargo, finalmente, los individuos descendieron del vehículo y huyeron.

Al respecto, es de destacar que si bien las declaraciones de los efectivos policiales –fojas 74 y 112– revelan la persecución de cuatro sujetos no identificados a bordo del automóvil Tico de placa de rodaje BIO-159, no evidencian la presencia del acusado Juan Manuel Sosa Portocarrero en el vehículo; pues los agentes del orden indicaron que no podían identificar a los sujetos del vehículo.

CUARTO. Es evidente que, en el caso concreto, se ha llegado a materializar el delito de robo agravado en grado de tentativa, con el acta de registro vehicular e incautación –foja 16–, donde se evidencia que la balanza electrónica del agraviado fue hallada en el interior del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159; sin embargo, la vinculación del aludido delito con el acusado Sosa Portocarrero no ha sido acreditada, en la medida en que la prueba actuada (presuntamente directa e indiciaria) no genera convicción sobre la responsabilidad del recurrente. Es de recalcar que el derecho a la presunción de inocencia (literal e, del inciso 24, del artículo 2, de la Constitución Política del Estado) exige no solo que se pruebe el hecho delictivo, sino también la vinculación del imputado con tal evento. En otras palabras, probar un hecho delictivo no implica necesariamente que el imputado sea su autor o haya participado en su perpetración.

QUINTO. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se encuentra tanto en el principio y derecho de dignidad humana ("La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", artículo 1 de la Constitución Política del Perú) como en el principio a favor del hombre[114]. Asimismo, la presunción de inocencia admite prueba en contrario; de este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, "cuando el órgano de persecución penal no ha podido destruir la situación de inocencia, constituida de antemano por la ley"[115]. En tal sentido, la presunción de inocencia, prevista en el literal e, del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Estado se mantiene incólume. Por tanto, corresponde la absolución del acusado Sosa Portocarrero, respecto al hecho atribuido.

---

114 Expediente número 01768-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 3, 4, 5, 6 y 8.

115 AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce. Colección de Textos sobre los Derechos Humanos-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-México 2013.

B- DUDA RAZONABLE

148

§148. Absolución por duda razonable

Recurso de nulidad	1807-2018-CAJAMARCA
Fecha	15 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. II del TP del NCPP.

RESUMEN:

Si bien es verdad que los agraviados sindican persistentemente al encausado aunque no coinciden con la hora, y la pericia médico legal confirma que fueron agredidos con motivo del robo, también es cierto que el encausado proporcionó una versión consistente de ajenidad e imposibilidad de comisión delictiva, lo que tiene una corroboración en lo que señalaron dos de los ronderos que estuvieron con él y otros dos vecinos. Al imputado o a su coimputado no se le encontraron en su poder el bien robado ni las armas utilizadas para el robo. Se anotó incluso que el imputado, tenía en su comunidad, una conducta delictiva, pero el boletín de condenas dice lo contrario. Se está, por consiguiente, ante una duda razonable que, como regla de juicio, impide concluir que se superó el estándar necesario de prueba para condenarlo. Existe un equilibrio entre pruebas de cargo y pruebas de descargo, y ante esa situación no cabe otra opción que absolver. Por tanto, el recurso defensivo debe estimarse.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Escobedo Llajaruna en su recurso formalizado de fojas mil quinientos, de veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, instó la absolución de los cargos. Alegó que los agraviados han proporcionado versiones diferentes respecto a la hora en que se produjo el delito; que en la hora en cuestión su patrocinado estaba realizando su tarea ronderil en presencia de cinco personas, tres de los cuales han declarado en el plenario en esos términos; que no se probó la preexistencia de la radio portátil ni la tenencia de las armas; que los certificados médico legales no prueban que su defendido les ocasionó las lesiones detalladas.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día veinticinco de febrero de dos mil nueve, como a las veinte horas con quince minutos, cuando los agraviados Abanto Cabrera y Romero Reyes se encontraban en la cocina de su vivienda, ubicada en el caserío Huañimba, distrito de Condebamba, provincia de Cajabamba – Cajamarca, incursionaron en ella los encausados José Carlos Sánchez Casiano y Jacinto Escobedo Llajaruna, acompañados de otro desconocido. Dos de ellos portaban escopetas y el otro un revólver, armas con los que los amenazaron. El agraviado Ismael Abanto Cabrera fue golpeado cuando intentó quitarle el arma al encausado Escobedo Llajaruna, pero no lo consiguió. Los malhechores buscaban dinero en el predio, pero la agraviada Romero Reyes les dijo que no tenía, por lo que huyeron llevándose consigo una radio portátil marca Sony.

TERCERO. Que el agraviado Abanto Cabrera denunció los hechos ante la Fiscalía el día cuatro de marzo de dos mil nueve [fojas una]. Según los certificados médicos legales de fojas dieciocho y diecinueve, los agraviados sufrieron lesiones levísimas como consecuencia de la agresión de que fueron víctimas con motivo del robo en su perjuicio. El agraviado Abanto Cabrera en sede preliminar –ante la Fiscalía– reconoció a Escobedo Llajaruna, así como a Sánchez Casiano, como los autores del robo en su agraviado [fojas veintiuno].

∞ El referido agraviado Ismael Abanto Cabrera insistió en formular cargos contra Escobedo Llajaruna en su declaración preliminar de fojas cuatro, con fiscal, en su preventiva de fojas noventa y seis –dijo que los hechos ocurrieron a las veinte horas con quince minutos y pudo reconocer al imputado al verle el rostro– y en la diligencia de confrontación con él [fojas ciento sesenta y nueve].

∞ La agraviada Emperatriz Romero Reyes repitió lo expuesto por su conviviente Ismael Abanto Cabrera (aunque apuntó que el delito ocurrió a las

diecinueve horas con quince minutos) [declaración preliminar de fojas once, declaración preventiva de fojas noventa y nueve y diligencia de confrontación con el imputado de fojas ciento setenta y tres].

∞ Lo relatado por el agraviado Ismael Abanto Cabrera es confirmado, en vía referencial, por su padre Ubaldo Aquilino Abanto Arna [fojas ocho, ciento dos y doscientos sesenta y seis]. Asimismo, el presidente de la Ronda de Huañimba, Felipe Santiago Sánchez Aranda, expresó que el día de los hechos, como a las veinte horas con treinta minutos, el agraviado Ismael Abanto Cabrera llegó a su casa medio desnudo y con signos de haber sido golpeado, quien le dijo que había sido asaltado por tres personas –los encausados Escobedo Llajaruna y Sánchez Casiano– que ingresaron a su casa, utilizando escopeta y un revólver para amenazarlos de muerte y golpearlos a él y a su conviviente [fojas cuarenta].

CUARTO. Que el encausado Escobedo Llajaruna afirmó que con los graviados no les une amistad ni enemistad; que llegó a la casa de Máximo Gamboa a las veinte horas con cinco minutos con Julián Aranda Salvatierra –con quien se encontró en el camino– para realizar la ronda, la que cumplió conjuntamente con Máximo Gamboa, Julián Aranda Salvatierra, Jorge Luis Rodríguez Ramírez, Tani y Valentín; que no conoce a su coimputado [fojas cuarenta y tres, setenta y cinco y mil trescientos ochenta y cinco].

∞ Los testigos ronderos Aranda Salvatierra y Rodríguez Ramírez confirman lo expuesto por Escobedo Llajaruna [fojas ciento sesenta y mil cuatrocientos veinticinco, y fojas ciento setenta y siete]. Otros vecinos, como Mendoza Casas y De la Cruz Rubio, ratifican su exposición [fojas ciento sesenta y cuatro y mil cuatrocientos veintiuno y uno, y fojas ciento setenta y siete].

QUINTO. Que si bien es verdad que los agraviados sindican persistentemente –en sede preliminar y sumarial– al encausado Escobedo Llajaruna aunque no coinciden con la hora –el primero dice que el robo ocurrió a las veinte horas con quince minutos y la segunda a las diecinueve horas con quince minutos–, y la pericia médico legal confirma que fueron agredidos con motivo del robo, también es cierto que el encausado Escobedo Llajaruna proporcionó una versión consistente de ajenidad e imposibilidad de comisión delictiva, lo que tiene una corroboración en lo que señalaron dos de los ronderos que estuvieron con él y otros dos vecinos. Al imputado o a su coimputado no se le encontraron en su poder el bien robado ni las armas utilizadas para el robo.

∞ Se anotó incluso que el imputado, tenía en su comunidad, una conducta delictiva [constancia de fojas trescientos veintinueve], pero el boletín de condenas dice lo contrario [fojas ciento veintidós].

∞ Se está, por consiguiente, ante una duda razonable que, como regla de juicio, impide concluir que se superó el estándar necesario de prueba para condenarlo.

Existe un equilibrio entre pruebas de cargo y pruebas de descargo, y ante esa situación no cabe otra opción que absolver. Por tanto, el recurso defensivo debe estimarse.

C. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE

149

§149. La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones

Casación	54-2009-LA LIBERTAD
Fecha	20 de julio del 2010
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 144°, 343° y 344°.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7°

RESUMEN:

*El **incumplimiento de los plazos legalmente previstos para la emisión de dictámenes o resoluciones**, por su carácter de **acto necesario** para el proceso, **no pueden ser sancionados con la caducidad del plazo.** Esto no excluye que su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

NOVENO: Que en este orden de ideas el apartado 2) del artículo 144° NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales- como sería formular acusación; y expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Publico y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una

vulneración de las citadas normas constitucionales. Sin embargo, su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto 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.

Asimismo, realizando una interpretación sistemática del propio Código, se tiene el artículo 343º NCPP referido al control del plazo de la investigación preparatoria –el cual está vinculado a la facultad constitucional asignada al Ministerio Público de investigar el delito- en el que se establece que acarrea sólo responsabilidad disciplinaria en el Fiscal en caso se exceda en el plazo otorgado. Por otro lado, el apartado 1) del citado artículo 144º NCPP debe ser entendido como todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada, como son los plazos para impugnar, para ofrecer pruebas, para interponer excepciones, entre otros, todos los cuales se dan dentro de la propia dinámica del proceso penal.

DECIMO: Que es cierto que la Ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344º.1 del NCPP). El requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento. La caducidad es una sanción procesal. Supone, según doctrina consolidada, una facultad procesal atribuida a un sujeto procesal, y consiste en la pérdida o privación de la misma por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquél pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla. La caducidad consumada impide la realización del acto (EUGENIO FLORIAN: Elementos de Derecho Procesal Penal, Bosch, Barcelona, 1934, pp 133-134).

El requerimiento fiscal –acusatorio o no acusatorio-, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144º.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final. Por otro lado, el carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide 'deducir'

del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144º NCPP, en el caso de la actividad del Fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, además, importaría, primero, crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344º.2 del NCPP; y segundo, instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos por la ley, vulnerándose los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

150

§150. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principio de celeridad y economía procesal

Recurso de Nulidad	4003-2013-LIMA
Fecha	27 de enero de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Decreto Legislativo N° 124
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5°, 6° y 7°.

RESUMEN:

La Sala Superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, así haya quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito debe ser tramitado en vía sumaria, conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el A-quem -y en general los operadores de justicia- no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables; debiendo aplicar los principios de celeridad y economía procesal; tanto más, si no se le vulnera derecho alguno, manteniendo el proceso ordinario a pesar que del concurso de delitos por el que se inició ordinario y sumario solo subsiste el segundo.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Este supremo Tribunal considera que la Sala superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, al haber quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito corresponde ser tramitado en vía

sumaria conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el *A-quem* -y en general los operadores de justicia- no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables (encausados y agraviados); en tanto, ellos en puridad buscan que sus pretensiones sean resueltas de una manera rápida y eficaz, viéndose ello reflejado en un pronto fallo, por lo que para lograr ello se debió tener en cuenta los principios de celeridad, economía procesal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; en el primer principio en mención alude al derecho que le asiste al justiciable de que las diligencias se llevan a cabo sin postergaciones indebidas ni impertinentes, mientras, que por el principio de economía procesal entendemos al mandato de que se evite toda dilación o demora del proceso innecesarias, puesto que son más onerosas para los sujetos procesales y para el Estado, no solo en términos presupuestarios sino también en los de carga procesal; de otro lado, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es un derecho que tiene el procesado y se dirige a los órganos jurisdiccionales creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi;* asimismo, se debió tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el derecho de acceder al sistema judicial, precisando que esta solicitud de acceso a la justicia debe ser resuelta de manera rápida y oportuna.

SEXTO: La Sala Superior Penal debió considerar que al emitir su resolución declarando fundada las excepciones de naturaleza de acción y cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir, subsistirá aún la acusación contra los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía servi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand como co-autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; por tanto, debió llevar a cabo el juicio oral, y no declarar insubsistente la aludida acusación, tanto más, si proseguir con el proceso no implicaba afectar o vulnerar derecho alguno a los encausados, menos aún, a las demás partes procesales, por el contrario, el proceso penal ordinario resulta más garantista, en tanto, someterse a un juicio oral implica desarrollar los principios rectores del proceso, tales como inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio. Aunado a ello se debió interpretar la segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, que establece: "las *instrucciones que se encuentran en los Tribunales Correccionales con audiencia iniciadas o pendientes de realizase y las que tengan dictamen fiscal, continuarán el trámite procesal con el que se iniciaron";* evidenciándose que el sentido de la norma está orientada a no dilatar el proceso y que se culmine en un plazo razonable.

SÉTIMO: La Sala Superior Penal al disponer la adecuación del proceso al trámite sumario lo único que originó fue retardar el trámite del proceso, tan es así, que los actuados principales no fueron remitidos al juzgado de origen conforme se había ordenado; en consecuencia, se debe disponer se lleve a cabo el juicio oral por delito de estafa, toda vez que los actuado siguen en la Instancia Superior, teniendo en cuenta los plazos procesales a efectos de evitar la prescripción de la acción penal.

D. DERECHO DE DEFENSA

151

§151. Contenido del derecho a la defensa y derecho a la prueba en el proceso penal

Casación	281-2011-MOQUEGUA
Fecha	16 de agosto de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const.; 8°.2 de la CADH; 14°.3, "d" del PIDCP; 11° DUDH
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3° al 9°

RESUMEN:

El derecho de defensa es parte de la tutela procesal efectiva e implica el ***derecho a no quedar en estado de indefensión****, lo cual se configura cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.*

En este sentido, ***se violará el derecho de defensa cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega****. Sin embargo, no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho. La indefensión* ***será relevante a nivel constitucional sólo cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo****. Deberá ser, por tanto, una negación real, efectiva y actual a la tutela judicial, nunca un peligro meramente potencial o abstracto.*

Así, el respeto por el derecho fundamental a la prueba es indispensable para el resguardo al derecho de defensa y un componente del derecho a la tutela procesal efectiva. Incluye el derecho a ofrecer los medios probatorios que la persona considere oportuno, a que sean admitidos, actuados, conservados o producidos por medio de la actuación anticipada cuando sea necesario; como que también sean correctamente valorados y que dicha valoración sea motivada de forma adecuada por el órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS:

"CONSIDERANDO

TERCERO: Que, previamente al análisis de fondo corresponde fijar ciertos conceptos constitucionales y supranacionales, que decantaran el derrotero del presente recurso de casación:

3.1.- El derecho de defensa: El artículo 8°, 2.d, de la Constitución Americana sobre Derechos Humanos señala que el inculpado tiene derecho a "*defenderse personalmente o [a] ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*". A su vez, el artículo 139°, inciso 14), de la Constitución Política del Perú señala que toda persona "*Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa 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 de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar[116].

Sobre la materia del Tribunal Constitucional, en las alegaciones de violación al derecho de defensa, rellevó en el Expediente N° 4303-2004-AA/ TC que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía

---

[116] Sentencia del 24 de mayo de 2011, EXP. N° 00910-2011-PHC/TC, HUÁNUCO, Anacleta Eugenio Huarauya Justiniano y otros.

no genera, *per se*, violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; para que ello ocurra resulta indispensable la constatación o acreditación indubitable por parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en el caso concreto.

Asimismo en retirada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa de proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: *una material*, referida al derecho del imputado o demandado 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.

El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, *no* cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. Nº 0582-2006-PA/TC; Exp. Nº 5175-2007-HC/TC, entre otros).

A partir del entendimiento genérico de la "defesa" como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición[117].

---

[117] HERRERA LLANOS, Wilson. *Régimen de la Rama Judicial Colombiana* (en) Revista de Derecho, Universidad del Norte, 23:341-391m 2005m p. 370.

3.2.- La defensa técnica como derecho:

La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesario. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un a bogado. Por su parte, el artículo 8°, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede el inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N° 237/1999, que:

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión "material" y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de

trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial[118].

3.3.- Del derecho fundamental a la prueba:

Este Tribunal Constitucional ha señalado (*cf.* STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –*límites extrínsecos*-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –*límites intrínsecos*-.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: "la persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances de la constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justificables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

---

[118] Sentencia del 7 de octubre de 2006, EXP. Nº 6712-2005-HC/TC, LIMA, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana

Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (*vid.* STC 06712-2005/ HC/TC, FJ 15), está determinado:

(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Como puede verse de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba, uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso[119].

3.4. El sentido constitucional del derecho a la prueba.-

El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente Nº 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y en su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo,

---

[119] Sentencia del 8 de agosto de 2005. Exp. 4831-2005-PHC/TC. AREQUIPA, Rubén Silvio Curse Castro.

los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización trasversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente Nº 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable; la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

CUARTO: Que, establecido lo anterior, debemos destacar que el Juzgado Penal Unipersonal, expide sentencia de fecha treinta y uno de enero del dos mil once, obrante a fojas trescientos diez, consignando en su considerando décimo noveno, como argumento jurídico penal probatorio que, **Demetrio Abad Pari Aguilar:**

> *"En su calidad de subgerente de logística debe absolvérsele de los delitos de colusión, y omisión de deberes funcionales, por cuanto su conducta no configura delito de colusión, debiéndose tener presente que* ***el Ministerio Público no le ha imputado acción en el proceso de otorgamiento de la buena pro a SURMOTORS,*** *sino únicamente en lo que constituye el pago a Surmotors; En este extremo los medios probatorios ofrecidos no prueban que el acusado Demetrio Abad Paro Aguilar, haya concertado para que efectúe el pago por la compra de los camiones compactadores; Muy por el contrario, en el proceso* ***aparece que Demetrio Abad Peri Aguilar, quien se opuso al lago, hasta que se levanten las observaciones de fondo****, lo que se evidencia de las siguientes acciones:*

a) emitió el informe número 1541-2008-SGL-MPI, del ocho de agosto del 2008, donde afirmaba que no podría emitir la orden de compra para el pago de las compactadoras, por no contar con la conformidad del comité de recepción.

b) El día del pago, el 5 de setiembre del 2008, no se encontraba en la Municipalidad, ya que fue enviado en comisión a la ciudad de Arequipa, lo que está probado con su tarjeta de asistencia diaria al centro de trabajo.

c) Posterior al pago emitió el informe número 1789-2008, en el que solicita se aplique la penalidad a SURMOTORS.

d) Posterior al pago se entrevistó con el Alcalde para hacerle ver la irregularidad del pago, y fue despedido el dieciocho de setiembre del mismo año, no habiéndose cancelado sus beneficios hasta la fecha del presente juicio

*e) **En suma, la actuación probatoria del Ministerio Público, no ha desvirtualizado la presunción de inocencia de Demetrio Abad Pari Aguilar**"*

QUINTO: Que, ante lo cual el señor Fiscal Provincial de Investigación, mediante recurso de apelación de fojas trescientos ochenta y siete, postuló los siguientes agravios:

*"EN EL PUNTO DÉCIMO NOVENO: El Juzgado **señala que los medios probatorios ofrecidos no prueban que el acusado Demetrio Abad Parí Aguilar, haya concertado para que se efectúe el pago por la compra de los camiones compactadores.***

Está probado con el informe Nº 1758-2008-SGL-MPI, el procesado Pari Aguilar, firma el documento a efecto de dar trámite para el pago a la empresa Sur Motors, y éste tenía conocimiento de la existencia de la Comisión de Recepción, toda vez que los miembros fueron propuestos por él, conforme lo ha manifestado en juicio, y sin embargo, emite el documento con la conformidad dada por el Sub Gerente de Mantenimiento a la ciudad y Ornato procesado Melgar Vilca, sabiendo que quién tenía que dar la conformidad era la Comisión Especial de Recepción, lo cual no tuvo en cuenta al emitir el informe. Hecho que evidencia que desde un inicio los actos estaban conducidos a favorecer a la empresa y al pago de la empresa SurMotors, ello evidenciados desde la firma del contrato, hecho que

la aprecia con la carta 293-2007-OA-GAF-SGL-MPI la cual existe en duplicado con plazos distintos, una de cinco y diez días, otorgada a la empresa SUR MOTORS, lo que evidencias un suplantación de documentos para darle facilidades para la firma del contrato; y de otro es éste imputado quien le otorga la ampliación de plazo para la entrega de las compactadoras, sin verificar la idoneidad de los documentos presentados por la Empresa SUR MOTORS, referente a la huelga de los estibadores; y de otro lado, el imputado tenía conocimiento, máxime si éste ha participado en las reuniones para ver el problema de los camiones compactadores, más si éste tenía la función de Sub gerente de Logística, de él dependía el abastecimiento de los bienes de la Municipalidad y sumado a ello tiene la especialidad de Contrataciones del Estado, está probado, que tenía conocimiento de las observaciones de fondo de los compactadores, realizadas por Supervisor de Recolección el servidor Juan Cañi Benito, quién a su vez es chofer profesional, conforme se acreditó en juicio, no obstante ello el procesado Peri Aguilar, no aplicó la penalidad en su oportunidad a la empresa, no realizó ninguna acción a efecto de resguardar los intereses de la Municipalidad, todo lo contrario, había una dilación en el proceso favoreciendo a la empresa SurMotors, desde la concesión del plazo para la firma del contrato, así como para la entrega de las compactadoras, no verificó la documentación presentada por Sur Motors en la solicitud de ampliación, concediendo un plazo de 30 a 45 días, sin requerir a la empresa que tenía que ampliar el plazo de vigencia de la carta fianza, hechos que se tiene acreditados, lo que no ha tenido en cuenta el Juzgador."

SEXTO: Que, por su parte la Sala Penal de Apelación expide la sentencia de vista del once de julio del dos mil once, corriente a fojas cuatrocientos veintiséis, en el rubro "Determinación de Responsabilidad de los Acusados", estableció sintéticamente que: "*El acusado Demetrio Abad Pari emitió el informe de conformidad donde solicita que se tramite el pago conociendo que las observaciones en realidad no se habían levantado, aceptando las presiones y exigencias que señala le hacían*".

SÉTIMO: Que, a partir de los expuestos, constatamos que en la evolución de la pretensión punitiva –a partir del factum fijado por el Juez Unipersonal, pasando por la descripción de los hechos efectuados por el señor Fiscal Provincial hasta la expedición de la sentencia de vista-, concluimos en la ausencia de un desarrollo progresivo lógico, concatenado y concordante con el contradictorio sostenido desde el Juzgado Unipersonal para emitir sentencia absolutoria.

En efecto, conforme hemos sostenido líneas arriba, nuestro ordenamiento constitucional, prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso, dentro de los cuales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, y motivación.

Dicha garantía, se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho y, so contenido se forma con base en dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas; 2) que sean congruentes. Toda resolución judicial será siempre motivada, dada la exigencia que deriva de la proscripción de indefensión. Las partes en el proceso tienen derecho a que la resolución de la pretensión formulada, esté motivada.

Dicho derecho, si bien no exige un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado, de todos los aspectos y perspectivas que dichas partes puedan tener de la cuestión que se decide: sin embargo, la resolución debe estar apoyada en argumentos introducidos vía el contradictorio, desde el primer pronunciamiento jurisdiccional del Aquo; en efecto, la sentencia de vista del no tiene correspondencia con los puntos debatidos en el proceso penal y que fueron recogidos en la sentencia absolutoria, configurando con ello, además, un fallo sorpresivo.

OCTAVO: Que, efectivamente, la finalidad del proceso penal es principalmente la solución de conflictos mediante el pronunciamiento de una decisión, **que sea el resultado de un conjunto coordinado y concatenado de actos procesales donde se hayan cumplido con el mínimo de garantías constitucionales procesales**, pues el justiciable tiene derecho a obtener una decisión judicial motivada, razonada, congruente y respetuosa del derecho de defensa, imponiéndole como obligación al operador de justicia analizar los fundamentos de hecho controvertidos en el proceso, para determinar cuáles fueron los hechos alegados, cuáles fueron rebatidos por el acusado, para posteriormente fijarlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, estableciendo las normas jurídicas que aplicará al caso en concreto y donde subsumirá los hechos fijados.

NOVENO: Que, por tanto este Supremo Tribunal, acogiendo los criterios antes transcritos, estima que la sentencia definitiva inobservó las garantías constitucionales de carácter procesal o material (concretamente por haberse vulnerado el debido proceso, derecho de defensa y falta de motivación).

DÉCIMO: Que, los criterios plasmados en los considerados tercero y siguientes, **EN ADELANTE DEBEN SER CONSIDERANDO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO**." (Sic.)

152

§152. Alcances del Principio de Imputación necesaria

Recurso de nulidad	956-2011- UCAYALI
Fecha	21 de marzo del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º, 159º y 2º.24 "d" de la Const.

RESUMEN:

El principio de imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal reconocido a nivel Constitucional. Resguarda que ***la acusación formulada por el Ministerio Público en su calidad de titular del ejercicio de la acción penal pública, deba ser ser cierta, precisa, clara y expresa, e incluir una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta****.*

Por tanto, no es suficiente que la acusación cuente con la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales. Es necesario los supuestos de hecho tengan un adecuado correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados.

Será responsabilidad del Juez verificar que el Ministerio Público respete el principio de imputación necesaria.

FUNDAMENTOS:

"TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO:

Consideraciones previas:

I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional y electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

II. Asimismo, el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la ***imputación necesaria*** como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 "d" y 139.14).

III. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia Constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)", según el cual "*al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los imputados*" (Fundamentos jurídico 13 de la STC Nº 4989-2006-PHC/TC).

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuanto se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

VI. Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, precisa que "El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al Juez el evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.

VII. En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio de plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (...), situación que no ha de pasar inadvertida". (Sic.)

153

§153. Derecho a la defensa y notificación de actuaciones procesales

Recurso de nulidad	136-2018-CALLAO
Fecha	6 de marzo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del TP del NCPP

RESUMEN:

La salvaguarda del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso. La posibilidad de su ejercicio presupone que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que pudieran causarles afectación, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. Su ejercicio, en muchos casos, depende, a su vez, de una oportuna notificación de los actos procesales; los problemas que se pueden derivar de la carencia de notificación no son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE LAS RESOLUCIONES DE JUZGADO Y SALA

En la sentencia de Juzgado la responsabilidad penal del encausado por el delito materia de acusación se sustentó en: **i)** las manifestaciones policial y

testimonial de Ana Cecilia Sotelo Urteaga de Alván, madre de la menor de iniciales T. A. S. U.; **ii)** la entrevista única en cámara Gesell de la referida menor; **iii)** el Protocolo de pericia psicológica número cero cero veintinueve cuarenta veinte trece-PSC, practicado a dicha menor agraviada, entre otros elementos probatorios. Seguidamente, apelada que fuera la sentencia de Juzgado en representación del procesado, una vez concedido y elevado el recurso de apelación a la Sala Superior, dicho medio impugnatorio fue resuelto en segundo grado con declaratoria de improcedencia y de nulidad de concesorio. El *Ad quem* consideró para su decisión que, de conformidad con el artículo trescientos sesenta y seis del Código Procesal Civil, el recurrente hizo referencia a cuestiones generales descontextualizadas del proceso sin que fundamente el error de hecho alegado y en el que habría incurrido el *Ad quo.*

TERCERO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Del recurso de nulidad y en atención a lo expresado en la Ejecutoria Suprema que declaró fundado el recurso de queja excepcional interpuesto por la defensa técnica del agraviado, se tiene que el problema jurídico central en torno al cual esta Sala Suprema debe pronunciarse estriba en determinar si cabe que emita un pronunciamiento de fondo respecto a la presente causa, aun cuando no se haya notificado debidamente al encausado la sentencia de Juzgado; o, en su defecto, determinar el momento procesal al cual se retrotraería la presente causa como consecuencia de la nulificación a la que hubiera lugar por el referido vicio en la notificación.

CUARTO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1. La salvaguarda del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso. La posibilidad de su ejercicio presupone que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que pudieran causarles afectación, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. Su ejercicio, en muchos casos, depende, a su vez, de una oportuna notificación de los actos procesales; los problemas que se pueden derivar de la carencia de notificación no son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa.

4.2. Del análisis de actuados, en primer lugar, se advierte que no consta fehacientemente que, conforme a lo solicitado por la defensora pública que se

le designó en la audiencia de lectura de sentencia (cfr. considerando uno punto uno de la presente Ejecutoria), se haya cumplido con notificar al encausado la sentencia de Juzgado a su domicilio real. En tal sentido, debe precisarse que no se verifica lo señalado en la resolución del veintiséis de octubre de dos mil quince, expedida por el Juez del Sexto Juzgado Penal del Callao, que concede el recurso de apelación, según lo cual se cumplió con notificar al encausado la sentencia de primera instancia a su domicilio real consignado en su declaración instructiva (cfr. considerando uno punto tres de la presente Ejecutoria).

4.3. Del cargo de notificación que obra a foja ciento ochenta y siete se advierte un sello de la central de notificación, el cual da cuenta de una notificación devuelta en virtud de la no existencia del número mil quinientos ocho en la avenida Venezuela, Ciudad del Pescador. Si bien obra un sello del servicio de notificaciones que indica "recibido el dieciséis de octubre de dos mil dieciséis", no se advierte que se consigne que la notificación de la sentencia de primera instancia se haya hecho efectiva en el asentamiento humano Ancieta Alta, manzana L, lote treinta y dos, El Agustino (domicilio real del encausado, señalado en su declaración instructiva –foja ciento cuarenta uno–). En tal sentido, se reitera que no se puede afirmar con certeza que el encausado haya tenido conocimiento oportuno de la sentencia de primera instancia, lo cual impidió que, en el ejercicio de su derecho de defensa, su –valga la redundancia– defensa técnica de libre elección interponga y fundamente de manera adecuada el respectivo recurso de apelación, oportunamente, acorde a sus legítimos intereses y de conformidad con la normatividad procesal aplicable.

4.4. No corresponde emitir pronunciamiento de fondo. Esto no solo por la vulneración al derecho de defensa al que se ha hecho referencia en el considerando precedente, sino también porque ni en el recurso de nulidad ni en la queja excepcional interpuesta se ha hecho alusión a cuestionamientos de irresponsabilidad penal o a la pena, respecto a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, lo cual podría haber propiciado que, en virtud del principio de celeridad y economía procesal, esta Sala Suprema resuelva el fondo de la controversia.

4.5. Ahora bien, en atención a lo expuesto, en principio, correspondería que la causa se retrotraiga al momento en el cual se produjo el vicio consistente en la indebida notificación. No obstante, en tanto que consta en los actuados que, ya con abogado privado de libre elección designado por el encausado, se presentaron escritos de apelación en los cuales se amplía lo expresado en el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública y, asimismo, se señala fundamentación en la cual se cuestiona la sentencia condenatoria de primera instancia (cfr. considerandos

uno punto seis, uno punto diez y uno punto trece de la presente Ejecutoria), esta Sala Suprema considera que no resulta necesario retrotraer la presente causa al momento procesal de la indebida notificación. Finalmente, el encausado expresó su voluntad impugnativa a través de los referidos escritos relativos a su apelación, de lo cual se desprende que llegó a tener conocimiento de la sentencia de primera instancia. En tal sentido, corresponde que, en virtud del principio de celeridad y economía procesal, se tenga por integrado el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública (cfr. considerando uno punto dos de la presente Ejecutoria) con los escritos de apelación presentados por la defensa técnica privada del encausado (cfr. considerandos uno punto seis, uno punto diez y uno punto trece de la presente Ejecutoria); y que, en consecuencia, otro Colegiado Superior, previa vista de la causa, emita el nuevo pronunciamiento que corresponda.

E. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL

154

§154. La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena

Acuerdo Plenario	5-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Lecaros Cornejo
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300º del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 12°

RESUMEN:

El non reformatio in peius es una ***garantía destinada a revisar, a instancia del afectado, una resolución judicial en aquellos ámbitos expresamente cuestionados****. De esa manera es que* ***limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente****. Así, mientras no se modifique lesivamente el quantum de la pena, es posible que la Sala revisora pueda variar el grado de consumación del delito, el grado de participación del agente y la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. En la misma lógica es que también puede integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia, integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido o disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.*

FUNDAMENTOS:

"**8°.** Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso:

A. Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado)

B. Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor).

C. Variar la pena de principal a accesoria o viceversa.

D. Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia.

E. Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido.

F. Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.

9°. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el quantum de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal.

Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar que ésta puede ser principal o accesoria –así, artículo 37° del Código Penal-, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39° del Código Penal], mientras que la inhabilitación impuesta como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38° del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición –diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria-, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el

caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas- en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente.

10°. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la non reformatio in peius, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de Revisión será factible si: a) en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla –los agravios del recurso comprendan ese debate-; y, b) que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia.

11°. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso –principio acusatorio-, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal Revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que está prohibido por el indicado principio.

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial –principio dispositivo- en aquellos ámbitos expresamente cuestionados –principio tantum devolutum quantum apellatum-, que como tal limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

En estos casos, como el principio analizado –de relevancia constitucional- impide al Tribunal de Revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si sólo fue el apelante el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

12°. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178°-

A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible sino necesario."

155

§155. Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de Nulidad

Recurso de nulidad	302-2012-HUANCAVELICA
Fecha	08 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Tello Gilardi.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const.; 289°, 294°, 295°, 300° y 301°-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 9°

RESUMEN:

La fundamentación del recurso de nulidad no es, como se puede pensar, un deber jurídico que importa la obligación de presentar dicha fundamentación para que el recurso pueda ser concedido. Es, en cambio, una carga procesal en sentido estricto, pues es una potestad del recurrente que nace al producirse la interposición del mismo. Para ello, el plazo de diez días debe computarse desde el momento en que el medio impugnatorio es interpuesto.

En este sentido es que debe entenderse que los arts. 289° y 295° del Código de Procedimientos Penales no mencionan el plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes, debido a que el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida, por lo que el Órgano Jurisdiccional tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída.

FUNDAMENTOS:

"TERCERO: INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PROCESAL PENAL.-

Que, la norma no establece expresamente el momento como debe iniciarse el cómputo del plazo de fundamentación del recurso de nulidad, existiendo al respecto diversas interpretaciones en torno a ello: a) la primera interpretación considera que el plazo de fundamentación debe iniciarse desde el momento el cual el órgano jurisdiccional admitió el recurso de nulidad, y, requirió al impugnante la fundamentación del mencionado recurso. En este sentido, existe jurisprudencia con carácter vinculante recaído en el recurso de nulidad número mil cuatro guión dos mil cinco guión Huancavelica, del veinticinco de mayo de dos mil cinco, estableciendo que: "(...) *el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente a la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación –en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral,* oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso: que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno guión A, del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia: que a lo expuesto en el considerando anterior; seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no sólo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino que también se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso... (Cursivas originales).

CUARTO: Que, analizando la anterior Ejecutoria Suprema podemos observar que ella centra sus argumentos en dos puntos. En primer lugar, considera que la norma no expresa taxativamente que el cómputo del plazo comience desde el día siguiente de la interposición del recurso de nulidad. En segundo lugar, considera que se debe adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, conforme se desprendería del derecho a la tutela jurisdiccional que se deriva del numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Los argumentos antes expuestos carecen de fundamentación, lo que hace que de plano deba rechazárselos.

Efectivamente, la norma procesal no señala cuál es el momento que marca el inciso del plazo para fundamentar el recurso de nulidad. Esta omisión en la norma no puede ser usada como un argumento central para establecer que una determinada postura deba ser asumida, debiéndose obviar la otra. El efecto de esta omisión para el intérprete es que él deberá, mediante alguna técnica de interpretación, establecer dicha fecha. Por ello, este argumento carece de fuerza suficiente para ser tomado en consideración.

En lo referente al segundo punto, podemos señalar que el numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, efectivamente prevé el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y, a su vez prevé el derecho al recurso; sin embargo, la mencionada norma no hace referencia directa o implícita al contenido que se menciona en la ejecutoria referida (el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación).

La existencia del mencionado criterio puede derivarse de la norma antes mencionada, pero el razonamiento por el que se considera que debe producirse esta derivación ha de estar especialmente motivado en la Ejecutoria antes acotada, lo cual ha sido claramente omitido. Vale decir, el intérprete debe señalar las razones por las cuales considera que existe este criterio, y por qué razón el mismo es aplicable en la interpretación realizada; situación que implica su revisión.

QUINTO: Que, el principal argumento jurídico con el que podría sustentarse este planteamiento –aunque no ha sido invocado en la ejecutoria descrita- es considerar que el Tribunal Superior tiene el deber de notificar a las partes el requerimiento de la fundamentación del recurso de nulidad. Podemos observar que ninguna norma fija la existencia de este deber, por lo tanto, en sentido estricto, no puede considerarse el surgimiento de un deber ahí donde el mismo no ha sido fijado por una norma.

Ahondando en el requerimiento podemos observar que este acto jurídico tiene un presupuesto claro: la existencia de un deber jurídico. Sólo es posible emitir un requerimiento ahí donde exista un deber que no haya sido cumplido por el requerido. Sostener que el Tribunal debe requerir al recurrente la fundamentación del recurso de nulidad implica sostener que el recurrente tiene el deber de fundamentar el recurso. Aparentemente es un deber jurídico, pues importaría una obligación de presentar esta fundamentación para que el recurso pueda ser concedido. Sin embargo, un análisis más profundo evidencia que no nos encontramos frente a un deber jurídico, sino que nos hallamos frente a una carga procesal en sentido estricto. Se trata de una carga al no generarse una obligación al recurrente de fundamentar el recurso de nulidad, sino que es una potestad suya el realizarlo. Esta potestad surge desde el momento en el cual se produce la interposición del recurso. Al no ser un deber jurídico, sino tratarse de una carga procesal, entonces no existe ningún deber del Tribunal de requerir la fundamentación al recurrente.

La segunda interpretación posible es considerar que el cómputo del plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza desde el momento en que se interpone este medio impugnatorio; la presente interpretación es la asumida por este Supremo Tribunal toda vez que, al no existir un deber del Tribunal de requerir la fundamentación del recurso de nulidad, entonces queda claro que –por mandado de la norma procesal (art. 300.5 del Código de Procedimientos Penales, que debe ser interpretado sistemáticamente conjuntamente con los artículos: 289,294 y 295 del Código de Procedimientos Penales)- el plazo que tienen las partes para fundamentar el recurso de nulidad se activa con la sola interposición del mismo, lo cual constituye una carga que tiene un plazo de diez días para ser satisfecha.

SEXTO: Que, el Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el inicio del cómputo para fundamentar el recurso de nulidad, señalando que si bien los ahora demandantes solicitaron en su oportunidad que el plazo de diez días para la fundamentación de su recurso de nulidad sea computado a partir de la fecha de notificación de la resolución que les concede dicho recurso impugnatorio, dicha solicitud es contraria al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; que, conforme a la redacción vigente al momento de interponerse el recurso de nulidad a que se ha hecho referencia, establecía que "El Ministerio Público, el sentenciado y la parte civil deberán fundamentar en un plazo de diez días el recurso de nulidad, en cuyo defecto se declarará inadmisible dicho recurso". En consecuencia, no puede pretenderse que los escritos

presentados tengan efectos habilitantes para el cómputo del plazo legalmente establecido[120]. Al respecto se puede colegir que, si bien tampoco realiza una mayor fundamentación, considera que el plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza a computarse desde el momento en el cual se interpuso.

Que, resulta oportuno resaltar que al tratarse de una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual versa sobre una interpretación procesal con efecto abstracto y no concreto, la misma debe ser tomada en consideración para apoyar la postura asumida.

SÉTIMO: EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA PRESENTE SENTENCIA.-

Que, el precedente judicial tiene como objeto fijar una línea de interpretación que pueda perdurar en el tiempo. El principal efecto del precedente es la generación de seguridad en el operador jurídico como consecuencia de la previsibilidad de la decisión, en tanto, la resolución del problema jurídico implícitamente trae consigo la creación de una regla para casos estructuralmente similares. La regla fijada en el precedente es el equivalente funcional a una norma emitida por el poder legislativo. Por ende, también es posible aplicar las reglas de interpretación de las normas en el tiempo a una regla fijada a través del precedente, siendo la pauta general la aplicación inmediata de la ley procesal.

En este caso, estaríamos frente a aplicación inmediata de una regla que fija efectos procesales. Aparentemente este razonamiento podría atentar contra los fundamentos del precedente judicial, porque desestabilizaría la seguridad generada por el anterior precedente. Ello es parcialmente correcto, pues efectivamente la aplicación inmediata de una regla a casos anteriores a su vigencia puede traer efectos perjudiciales para la seguridad jurídica; sin embargo, la discusión en torno a este punto ya ha sido decidida por nuestro Tribunal Constitucional al determinar que: "... En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior"[121].

El efecto generado con la aplicación inmediata de este precedente es la improcedencia de toda fundamentación del recurso de nulidad que no hubiera

---

120 STC. Exp. Nº 10227-2006-HC/TC, caso RODRÍGUEZ OLIVA, Fundamento Jurídico Nº 3.

121 STC: EXP. Nº 2196-2002-HC/TC, caso SALDAÑA SALDAÑA, Fundamento Jurídico Nº 8.

sido presentada dentro de los diez días de interpuesto el mencionado recurso. Este precedente es de aplicación inmediata, en tanto, la regla creada no se avoca a un análisis de una norma sustantiva, sino se trata de una norma procesal. Por ello, de acuerdo a la señalada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y extrapolando las reglas de aplicación en el tiempo de la norma penal, la regla creada en este precedente será de aplicación inmediata.

OCTAVO: LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL.-

Que, la casuística ha demostrado que existen dos problemas en torno a la notificación de la sentencia, los cuales podrían desvirtuar el efecto de la primera sentencia, perjudicando indebidamente a las partes. El primero es la indebida práctica judicial de leer exclusivamente la parte relativa al fallo, obviando los considerandos que sustentan la sentencia. El segundo es la práctica de entregar la sentencia escrita de forma posterior al momento en el cual es leída en la audiencia. El elemento común en ambos problemas es la ausencia de una resolución escrita que sea notificada a las partes.

La emisión de una resolución escrita es una exigencia derivada de la misma Constitución Política del Estado, establecida en su numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve, que señala: "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".

La praxis judicial ha demostrado que las resoluciones judiciales leídas en audiencia pública no son entregadas inmediatamente a las partes. Esta entrega es justificada alegando que la resolución ha de ser mejorada. El principal problema que trae consigo esta demora en cumplir el mandato constitucional es que se impide a las partes poder impugnar debidamente la resolución. El objeto de impugnación tiene que ser de conocimiento de las partes que van a recurrirlo con anterioridad al ejercicio de este derecho.

De forma fáctica se cumple este mandato al oralizar la sentencia, pues las partes tienen el conocimiento probable del objeto de impugnación; sin embargo, esta acción limita la posibilidad de impugnarla, ya que el objeto de esta no será la motivación expresada en la audiencia, sino la expresada en la resolución escrita.

Los artículos doscientos ochenta y nueve y doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos Penales establecen el plazo para interponer el recurso de nulidad; sin embargo, no estos artículos u otros del mencionado cuerpo adjetivo,

no mencionan la existencia de un plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes. La omisión señalada no es un hecho casual, sino que tiene un sentido claro: el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida. Por esta razón es que el plazo para interponer el recurso de nulidad, en caso de sentencias, es en el mismo acto oral o en caso de reserva su derecho dentro de las veinticuatro horas posteriores a su lectura, presumiéndose que la resolución leída en audiencia es la misma que será entregada al final.

NOVENO: Que, del anterior razonamiento se desprende que el Tribunal tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída. Si bien es cierto, la praxis judicial ha demostrado que ello no ha sucedido así, no implica que ello deba ser así, pues la realidad no puede supeditar la vigencia de una norma. Esta praxis debe de ser evitada porque afecta directamente al derecho al recurso, el cual forma parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El incumplimiento de este deber puede considerarse como una negligencia grave, lo cual deberá ser analizado en cada caso concreto, pudiendo generar responsabilidad funcional en los intervinientes en esta acción." (Sic).

156

§156. Inmutabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de nulidad

Recurso de Nulidad	798-2005-ICA
Fecha	22 de agosto de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 285°-A del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2°

RESUMEN:

La sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncia sobre un recurso de nulidad interpuesto por las partes es ***definitiva e inmodificable, por lo que contra ella no procede ningún recurso.*** *Las únicas vías por las que se puede cuestionar indirectamente el fallo invocando son, por un lado,* ***considerando los posibles vicios de procedimiento en la tramitación del recurso****; y, por otro, observando* ***vicios por defecto de la propia sentencia de mérito****. Sin embargo, esta segunda opción debe considerarse de forma extremadamente restrictiva y sólo cuando se haya vulnerado el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida.*

FUNDAMENTOS:

"**SEGUNDO:** Que, como criterio rector, es del caso dejar sentado que ***la sentencia o Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos***, por su propia naturaleza y jerarquía, ***es definitiva e inmodificable*** –salvo, claro está, los supuestos de

aclaración y corrección de resoluciones-, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de actuados basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta.

Que, asimismo, excluida in limine toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios in iure-, sólo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y sólo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que se debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la Ejecutoria Suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición."

157

§157. Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación

Recurso de nulidad	1004-2005-HUANCAVELICA
Fecha	25 de marzo del 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villa, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300°.5 y 301°-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3°

RESUMEN:

El derecho al recurso forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional en cuya virtud es menester ***adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación.***

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que la señora Fiscal Suprema propone se declare la nulidad del concesorio del recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, porque se fundamentó fuera del plazo de ley, y por los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi porque se presentó extemporáneamente.

Que la sesión final de la audiencia se realizó el viernes catorce de enero de dos mil cinco, ocasión en que todos los recurrentes se reservaron su derecho de recurrir -véase acta de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y tres-, y la impugnación de los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi fue interpuesta el lunes diecisiete de ese mes, esto es, dentro del día siguiente de expedido el fallo como lo ordena el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales; que el Fiscal fue notificado del decreto que le concedía diez días para fundamentar el

recurso de nulidad el veintiuno de enero de dos mil cinco como se aprecia de fojas cuatro mil seiscientos cincuenta y uno y la formalización del mismo se interpuso el tres de febrero de dos mil cinco según se advierte de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y uno, esto es, al octavo día.

Que, por consiguiente, los recursos están bien interpuestos y formalizados, y el concesorio de fojas cuatro mil setecientos ocho está arreglado a ley.

Que es de precisar que el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación -en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral-, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso.

Que aún cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia;

Que a lo expuesto en el considerando anterior: seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no sólo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino también que se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso." (Sic.)

158

§158. Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso de Nulidad

Sentencia Plenaria	1-2013/301-A.2-ACPP
Fecha	06 de agosto del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º.6 y 139º.9 de la Const.; 300º.5 del ACPP.

RESUMEN:

El derecho al recurso es parte del contenido constitucionalmente protegido de la garantía genérica del debido proceso. Por tanto, la interpretación de las normas reguladoras de los recursos no debe ser restrictiva, sino que se le debe enfocar, en lo que sea necesario, a la eficacia de dicho derecho.

En este sentido, ***los plazos a los que se encuentra sujeto el derecho a impugnar no son un obstáculo para su ejercicio****, ya que son una necesidad que responde a una recta tramitación de los procesos y la seguridad jurídica de las partes. Así, se interpreta que* ***el cómputo del plazo para la fundamentación del recurso ha de iniciarse desde el día siguiente al propio acto de interposición del mismo****. Promovido el recurso impugnatorio, la parte recurrente tiene la carga de fundamentarlo en el plazo de diez o cinco días, según la naturaleza de la resolución que cuestiona.*

Paralela a la carga procesal de las partes recurrentes de fundamentar el recurso, se encuentra la ***obligación del Órgano Jurisdiccional de entregar a todas las partes, acabada la audiencia o el acto de lectura del auto o sentencia, la resolución correspondiente****, pues la Ley dispone la lectura de un auto o de una*

sentencia que contenga los requisitos que la norma procesal exige y, además, porque así se dota de estabilidad y fijeza a las resoluciones jurisdiccionales.

FUNDAMENTOS:

"1º. Que se debe tener presente que el derecho al recurso integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía genérica del debido proceso. Toda resolución jurisdiccional: sentencia y autos equivalentes, en virtud de la norma constitucional respectiva (artículo ciento treinta y nueve, numeral seis, de la Constitución) debe ser objeto de un recurso ordinario y devolutivo. Esto es lo que se denomina, por el texto fundamental, pluralidad de la instancia, que el artículo décimo del Título del Código Procesal Civil -Ley Procesal Común- lo concentra en dos instancias -doble grado de jurisdicción-, y que el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma, de un lado, el principio de taxatividad legal de la impugnación y, de otro lado, que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, y su impugnación solo procede en los casos previstos en la Ley.

2º. Que fijado ese marco genérico-básico, se debe tener presente, igualmente, que como el derecho al recurso tiene jerarquía suprema, en la medida de que integra el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, posee una segunda expresión concreta, cuando la Ley prevé el recurso correspondiente. En estas condiciones, la garantía genérica de tutela jurisdiccional - asimismo, de jerarquía constitucional en el mismo nivel que el debido proceso (artículo ciento treinta y nueve, numeral tres, de la Ley Fundamental)-, al reconocer el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una decisión, cubre además toda una serie de aspectos relacionados, como son, entre otros, la utilización de los recursos previstos por la Ley -en virtud de esta garantía el ciudadano tiene un derecho- a que no se le prive de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico.

El ejercicio de este derecho, desde luego, está supeditado al cumplimiento de determinados presupuestos o requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador. Tal conclusión, en modo alguno, tipifica un supuesto de indefensión constitucional, en cuanto no se prohíbe o limita el derecho de defensa de la parte, pues no se le mengua irrazonablemente el derecho de impugnar en situación de igualdad; el vencimiento del plazo,

en este caso, es provocado, no por el órgano jurisdiccional, sino por algún tipo de pasividad, impericia o negligencia de aquella.

Los plazos, en principio, no son un obstáculo irrazonable para el ejercicio del derecho de impugnar, tampoco que los mismos sean perentorios o automáticos. Esta es una necesidad para una recta tramitación de los procesos y la seguridad jurídica de las partes. En tal virtud, no puede ninguna circunstancia subjetiva ser tenida en cuenta como motivo de derogación de los plazos.

3º. Que es de rigor, sin embargo, tener presente, frente al carácter de la norma reguladora de los recursos, por directa conexión con dos derechos fundamentales, que su interpretación - la interpretación del derecho ordinario- y su aplicación, en tanto viabiliza el acceso a una instancia superior o a una revisión de lo ya resuelto -con pleno sustento constitucional-, no deben ser esencialmente restrictivas, de modo que se extiendan las causas de inadmisión con clara vulneración del objeto de la garantía en ejercicio, al punto que debe superarse cualquier exceso formalista. La interpretación y comprobación de las exigencias materiales y formales, para la admisión y procedencia de los recursos, por consiguiente, debe apuntar, en la medida de lo necesario, a la eficacia del derecho al recurso; esta no debe obstaculizar irrazonablemente el derecho a un pronunciamiento de fondo, como consecuencia de recurso interpuesto.

4º. Que son materia de discusión los alcances de una nueva norma, introducida al Código de Procedimientos Penales, mediante el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro, la cual compele, a la vez que el acto de interposición del recurso, el acto de fundamentación del mismo, exigencia que antes de su entrada en vigencia no estaba incorporada en el Código de Procedimientos Penales.

Al respecto, el apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales afirma lo siguiente:

Las partes deberán fundamentar, en un plazo de diez días, el recurso de nulidad. En caso de incumplimiento, se declarará improcedente el recurso. Esta disposición se extiende a la impugnación de autos, en cuyo caso el plazo para fundamentarla es de cinco días.

5º. Que es claro, igualmente, que por imperio del principio de legalidad procesal -y en tanto el proceso es una institución de configuración legal-, corresponde al legislador regular puntual y debidamente el sistema de recursos.

Un presupuesto procesal de los recursos relativos a la actividad son los plazos, que derivan de las exigencias del principio de seguridad jurídica. Así, los recursos serán inadmisibles cuando no se interpongan dentro de los plazos de caducidad legalmente establecidos.

Los plazos son improrrogables -automáticos- y comienzan a computarse, según los casos: **(i)** En las resoluciones escritas, dentro del día siguiente de la notificación. **(ii)** En las resoluciones orales o expedidas en audiencia, dentro del día siguiente de su expedición y lectura -salvo el caso de reserva, que tiene una regla propia fijada en el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales-, conforme lo estipula el artículo doscientos noventa y cinco de la citada Ley de Procedimientos Penales.

6º. Que lo singular, de la disposición analizada, es que diferencia claramente el acto de interposición del recurso, del acto de fundamentación o formalización del mismo. El artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Procedimientos Penales regula el presupuesto formal referido al lugar del recurso: ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución cuestionada, y el citado artículo doscientos noventa y cinco del referido Estatuto Procesal Penal reglamenta el plazo de interposición -que es condición de eficacia del acto impugnativo-. No existe otra disposición al respecto.

7º. Que ejercido el derecho al recurso legalmente previsto, como es evidente, el cumplimiento de los presupuestos que lo disciplinan constituye una carga procesal para el impugnante -se entiende por carga procesal el ejercicio de una facultad instituida por la Ley para el logro del propio interés de la parte procesal concernida y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él- . El recurrente debe sujetarse a lo que la ley ordinaria dispone en los ámbitos de los presupuestos procesales y materiales de la impugnación.

Como quiera que la Ley Procesal Penal no estipula, a través de una norma expresa, un procedimiento propio y con un plazo específico para el cómputo del plazo inicial -el *Dics aquo*- del acto de fundamentación o formalización del recurso -no lo separa ni crea un trámite ad hoc-, cabe puntualizar, en primer lugar, que la estricta aplicación del principio de legalidad procesal impide instituir uno pretorianamente; y, en segundo lugar, que está en el propio sentido del apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, que el cómputo ha de iniciarse desde el día siguiente al propio acto de interposición del recurso.

8°. Que, en consecuencia, promovido el recurso impugnatorio -donde, básicamente, se fija no solo la manifestación de la voluntad de recurrir sino también la expresión de los pronunciamientos que se impugnan-, la parte recurrente tiene la carga de fundamentarlo en el plazo de diez o cinco días, según la naturaleza de la resolución que cuestiona -en la que se precisa el petitorio respectivo y los motivos que lo sustentan, basados en la infracción de las normas jurídicas respectivas- . Es, pues, un presupuesto material objetivo.

No se puede alegar que al desconocerse la posibilidad de un rechazo liminar, no es posible fundamentar el recurso ya interpuesto; puesto que la voluntad impugnativa ya se concretó y corresponde al recurrente, en atención al principio de buena fe procesal y en función a la rigurosidad de su propia impugnación -que importa, de su parte, un razonable juicio previo de admisibilidad, procedencia e, incluso, fundabilidad-, introducir la causa de pedir respectiva: la enunciación de las infracciones jurídicas que contiene la resolución objetada.

9°. Que desde una interpretación sistemática, debe entenderse que el artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Procedimientos Penales, cuando dispone la admisión o denegación de plano del recurso, tiene que integrarse con la nueva disposición del artículo trescientos, apartado cinco, del citado Código, que obliga al recurrente al acto de fundamentación del recurso.

De ser así, el órgano jurisdiccional para calificar el recurso debe esperar el vencimiento del plazo de diez o cinco días, respectivamente. Esa es la única forma de garantizar la efectividad del acto de fundamentación y correlacionarlo, razonablemente, con el acto de interposición del recurso.

Vencido el plazo o formalizado el recurso, el órgano jurisdiccional deberá analizar el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales del recurso interpuesto dentro de los marcos legalmente previstos.

10°. Que paralela a esta carga procesal de las partes recurrentes, como quiera que lo notificado o leído son autos o sentencias -no proyectos o documentos sin firma-, corresponde al órgano jurisdiccional la obligación de entregar a todas las partes, acabada la audiencia o el acto de lectura del auto o sentencia, la resolución correspondiente, lo que debe constar en el acta, bajo responsabilidad.

Esta obligación implícita del órgano jurisdiccional se sustenta, en primer lugar, en el hecho de que la Ley dispone la lectura de un auto o de una

sentencia, y esta debe contener los requisitos que la propia norma procesal establece; y, en segundo lugar, en la necesidad de dotar de estabilidad y fijeza a las resoluciones jurisdiccionales, así como de su conocimiento cierto, fuera de toda manipulación ulterior, de lo decidido para que las artes tengan la oportunidad de fundamentar con rigor y solvencia sus impugnaciones.

11º. Que unificada la interpretación del apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, a los efectos de garantizar el valor seguridad jurídica, es menester fijar los efectos en el tiempo de la presente Sentencia Plenaria. Esta ha de regir para todos aquellos recursos interpuestos, por ser de naturaleza normativa, desde el día siguiente de la publicación en el diario oficial El Peruano, de la Ejecutoria Vinculante del catorce de febrero del presente año, recaída en el Recurso de Nulidad número 302-2012/Huancavelica, que esta Sentencia Plenaria ha consolidado; esto es, desde el día miércoles diecisiete de julio de dos mil trece." (Sic.)

F. DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

159

§159. Audiencia de tutela e imputación suficiente

Acuerdo Plenario Extraordinario	2-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 71°, 72° y 336°.2 "b" del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6° al 11°

RESUMEN:

Los derechos sustanciales que forman parte de la garantía de defensa procesal son aquellos presupuestos básicos para el ejercicio de los llamados derechos instrumentales (derecho de asistencia de abogado, utilización de medios pertinentes, entre otros). Se incluye, entre los primeros, el ***derecho a la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado****, que resguarda que el correlato del conocimiento de los cargos contenga un mínimo de detalle que le permitan conocer los hechos que se le atribuyen, así como la forma y circunstancias en que tuvieron lugar, pues son indispensables para que ejerza su derecho de defensa desde el primer momento de la imputación.*

Para solicitar la subsanación de alguna falta de precisión de los hechos atribuidos, el imputado deberá recurrir en un primer comienzo al propio fiscal. ***Solo de manera excepcional****, -ante la desestimación del Fiscal o su falta de respuesta-,*

podrá acudir a la acción jurisdiccional de la tutela penal, donde el Juez de la Investigación Preparatoria sólo podrá realizar una función correctora que bajo ningún motivo ordene la anulación o el sobreseimiento de la investigación.

FUNDAMENTOS:

"6º. Los rasgos generales o características esenciales de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71º del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario Nº 4-2010/ CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71º NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71º.2, "a"). Debe entenderse por "cargos penales", aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación forma del Ministerio Público.

El artículo 336º.2, "b" NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP-, "*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*".

7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales- con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación-. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible –presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria –o, mejor dicho, "delimitación progresiva del posible objeto procesal"-, y que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte

presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía- tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta, y por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N° 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8°. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales- (verbigracia: artículo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional –el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6°.1, "b" NCPP-.

9°. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N° 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)-, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino "sospecha suficiente" –se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada-, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°.1, 346°.1, 350°.1, "a" y 352°.2 y 4 NCPP)

10°. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados "derechos

instrumentales" (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios pertinentes, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados "derechos sustanciales", que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72º.2, "a" NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342º.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139º.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71º.1 NCPP-.

11º. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería el caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación."

160

§160. Audiencia de Tutela

Acuerdo Plenario	4-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 71° del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	10° al 19°

RESUMEN:

La Audiencia de Tutela es una de los principales avances de la reforma procesal penal. Su finalidad es ***resguardar y proteger durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria, los derechos del imputado reconocidos en el art. 71° del NCPP que no cuenten con un proceso específico para ello, puesto que nos encontramos ante una audiencia de tipo residual****.*

El Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición, cuidando siempre de no dejar en indefensión al imputado. Así, de la audiencia de tutela puede desprenderse un acto procesal de tutela correctiva, que pone fin al agravio; reparadora, que lo repara; o protectora de los derechos regulados en el referido artículo. Es de esta manera que los actos de investigación que vulneren los derechos fundamentales recogidos en el art. 71° podrán ser viciados o excluidos; como también podrá ser excluido material probatorio obtenido de forma ilícita. Sin embargo, no podrá ser impugnada ni dejarse sin efecto la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, en tanto ésta cumple una función

garantista (informa al imputado de los hechos atribuidos y su calificación jurídica) y tiene reguladas las vías por las que puede cuestionársela una vez iniciado formalmente el proceso.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

5°. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada "Audiencia de tutela". Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Capítulo Primero "El imputado", Título "El imputado y el abogado defensor" del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-.

Prescribe la citada norma que: *"1. 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... 4. Cuando el imputado considere necesario 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 indebidos 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. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".*

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías "de tutela y reforma".

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico -artículo 138°, segundo párrafo- sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales,

de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez -artículos 138° y 139°.10 de la Constitución- con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente -artículo 139°.14- [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal.* 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

7°. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8°. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

A. El debido proceso (artículo. 139° inciso3).

B. El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).

C. El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° inciso 24. "e").

D. El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

9°. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un

proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

La audiencia de tutela. Alcances:

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados, **(ii)** conocimiento de las causas de la detención, **(iii)** entrega de la orden de detención girada, **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, **(vi)** defensa permanente por un abogado, **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria, **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, **(xi)** no sufrir restricciones ilegales, y **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva

-que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión-, o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello no es errado afirmar que 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 [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la

Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que 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[122].

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo

---

122 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.

liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, 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. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que 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. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar -desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal.

Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19º. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha." (Sic.)

161

§161. La notificación de actos judiciales y el derecho a la defensa

Casación	326-2016-LAMBAYEQUE
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del Título Preliminar y 150° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.4.3° y 3.4.5°

RESUMEN:

La notificación judicial tiene como principal objetivo que las partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas en el marco del mismo, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa, en el ámbito del debido proceso. En ese sentido, desde una perspectiva de contenido y aplicación del debido proceso, los actos judiciales deben tener como requisito de validez la notificación, con la finalidad de que el procesado tenga la posibilidad de conocer el contenido de los pronunciamientos y diligencias judiciales; pero, si se aplican sanciones o restringen derechos de las partes, el incumplimiento de la notificación vulnera el derecho de defensa.

FUNDAMENTOS:

3.1. Respecto al ámbito de la casación.

3.1.1 Conforme a la Ejecutoria Suprema del 5 de agosto de 2016 -fojas cincuenta y uno- se declaró bien concedido el recurso de casación por los siguientes motivos:

i) La defensa técnica del procesado Oviedo Picchotito al invocar casación excepcional, fundamentada líneas arriba, se denotaría que existiría un interés casacional con relación a la correcta interpretación del artículo 420°, numeral 1, del Código Procesal Penal, toda vez que la norma taxativamente señala qué órgano jerárquico debe conferir traslado del recurso de apelación a los sujetos procesales, esto es, la Sala Superior, así como el plazo de notificación del mismo; además, que no existe imputación necesaria; ello para preparar y ejercer su derecho de defensa [advirtiéndose que tiene conexión con las causales 1 (derecho de defensa), 2 (inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad) y 4 (indebida motivación de resoluciones judiciales) del artículo 429° del referido Código Procesal]; por tanto, los motivos, en su respectivo recurso de casación, invocados por el recurrente son pertinentes y su fundamentación es compatible, desde una perspectiva externa, con la consecuencia jurídica que enuncia, en tal virtud, es del caso estimar el recurso de casación para su análisis y/o determinar el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme lo exige el inciso 3 del artículo 430° del Código Procesal Penal.

3.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

3.2.1. En la pretensión punitiva del Estado se determina y materializa proceso penal, y es lo que se denomina garantía procesal, la cual está reconocida constitucionalmente por el inciso 10) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; por ello, la sanción sólo puede tener lugar en el marco de un debido proceso (artículo 139.3 de la referida Constitución Política) entendido como aquel proceso en el que se asegura al imputado su derecho de defensa (artículo 139.14 de la acotada Constitución), un tratamiento digno en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, y en el que exista una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales.

3.2.2. Por ello, el legislador a fin de proteger los derechos y/o garantías constitucionales de todo sujeto inmerso dentro de un proceso penal taxativizó algunos supuestos en las normas procesales penales, siendo una de éstas contemplada en la causal 1 del artículo 429° del Nuevo Código Procesal Penal que prevé la admisión del recurso de casación, cuando: "Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías".

3.2.3. La referida causal es un supuesto de inobservancia de principios o derechos fundamentales que tiene concretas garantías en el ámbito procesal penal, y que pueden estar vinculados al ámbito probatorio, recursivo o procedimental.

3.2.4. En ese sentido los principios y derechos constitucionales cuando se invoque su agravio este no debe tener limitación cuantitativa para la procedencia del recurso; sin embargo, debe existir una vinculación concreta con alguno de los pilares del proceso penal que están recogidos en el Título Preliminar del Nuevo Código, en estos el derecho de defensa -IX del referido Título Preliminar–.

3.2.5 DERECHO DE DEFENSA

3.2.5.1. El derecho a la defensa comporta en estricto a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene doble dimensión: material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y, 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.

3.2.5.2. El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos –el resaltado es nuestro–.

3.2.5.3. El derecho de defensa en el proceso penal se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente.

3.2.5.4. El derecho de defensa está regulado por distintos ordenamientos jurídicos en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales; así, en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado de 1993, se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Los numerales 1 y 3, literal b, del artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** reconoce el derecho a contar con

los medios adecuados para la preparación de su defensa. En efecto: 1. "(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección". Asimismo, el artículo 8 numeral 1, y el literal "c" numeral 2 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** también reconoce estas garantías, así: "Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". La "defensa procesal" como garantía fundamental es reconocida por el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar lo siguiente: 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El "aseguramiento de todas las garantías necesarias para su defensa" a la que alude la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, implica el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.

3.2.5.5. El Derecho de Defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el Art. IX del Título Preliminar, estableciendo que: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que:

- Se le informe de sus derechos.
- Se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.
- Ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.
- Se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.
- 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.

3.2.5.6. En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público, quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones.

3.2.6 DEBIDA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES

3.2.6.1. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

3.2.6.2. Es por ello, que no solo corresponde al Juez motivar debidamente sus decisiones, sino también al Fiscal, toda vez que el Tribunal Constitucional indicó que "El proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones de los fiscales observan o no los derechos fundamentales o, si en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer, siempre que tengan la condición de firme. Ahora bien, una decisión fiscal (disposición, resolución fiscal u otra análoga) adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos y siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la decisión que se impugna".

3.2.6.3. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, el Tribunal Constitucional determinó que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta decisión sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente

acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la resolución cuestionada.

3.2.6.4. Con base en ello, el Tribunal Constitucional indicó que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es sólo aparente, en el sentido que no cuente con las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar sólo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

3.3. LA NULIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

3.3.1. Otra causal prevista en el artículo 429° del referido Código adjetivo es por infracción procesal o por inobservancia de las normas legales de carácter procesal -causal 2-, que constituye un mecanismo de impugnación contra sentencias o resoluciones que pongan fin al proceso en las que se examina la inaplicación de las normas procesales.

3.3.2. El vicio in procedendo consiste, en general, en la inobservancia de normas procesales. No se observan las normas que prescriben el rito establecido para obtener la sentencia o para llegar a ella. Pero como motivo casacional, debe tratarse de normas que conforme al respectivo Código se establecen bajo sanción de nulidad o inadmisibilidad que no hubieran quedado subsanadas o superadas; es decir, el error o vicio se presenta en aquellos casos en que no se cumple con una forma procesal de acatamiento imperativo, esto implica que necesariamente el acto procesal debe estar conminado con sanción de nulidad. De este modo, la inobservancia de las formas procesales específicas de construcción de la resolución que produzcan el quebramiento de los presupuestos, y formas esenciales ya sea se traten de vicios de actividad o de defecto en la tramitación del procedimiento y que tengan capacidad de provocar nulidad absoluta, puede sustentar casación por quebrantamiento de la forma.

3.3.3. En atención a ello, el Nuevo Código Procesal penal, señala lo siguiente:

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

3.3.3.1. El artículo 150° del Código Procesal Penal que regula la nulidad absoluta, señala:

"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

3.3.3.2. A su vez, el artículo 150° del Código Procesal Penal indica en qué casos procede la nulidad relativa:

"1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.

2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.

4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva".

3.4 CUESTIONAMIENTO REFERIDO A LA INOBSERVANCIA DE LOS NUMERALES 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 420° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (CASACIÓN EXCEPCIONAL)

3.4.1. Los numerales 1 y 2 del artículo 420 ° del referido Código adjetivo señalan lo siguiente:

"Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en el Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el

recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedida para ser resuelva y se señalará día y hora para la audiencia de apelación".

3.4.2. De lo anterior expuesto se desprende, que el derecho de defensa se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que "(...) El derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra".

3.4.3. En ese orden de ideas está circunscrito dentro de todo proceso la notificación judicial [acto procesal cuyo principal objetivo es que las partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas en el marco del mismo, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa, en el ámbito del debido proceso]. En ese sentido, desde una perspectiva de contenido y aplicación del debido proceso, se puede decir que los actos judiciales deben tener como requisito de validez la notificación, con la finalidad de que el procesado tenga la posibilidad de conocer el contenido de los pronunciamientos y diligencias judiciales; pero solo en el caso de que se apliquen sanciones o se restrinjan derechos de la persona, pues incumplir este requisito vulnerará además el derecho de defensa.

3.4.4. Aunado a ello, el Tribunal Constitucional delimitó que: "La notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera per se violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; así, para que ello ocurra, resultará indispensable la constatación o acreditación indubitable de parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en un caso concreto".

3.4.5. En ese sentido, la norma procesal penal taxativamente protege el derecho de defensa que tiene todo justiciable respecto al trámite de apelación en autos, toda vez que señala el plazo prudencial de 5 días para preparar su estrategia de defensa que deben tener los sujetos procesales inmersos dentro de un proceso penal, previo traslado del escrito de apelación por el Órgano Superior. Posteriormente, transcurrido el plazo será ésta quien decida si procede o no dicho

recurso impugnatorio; si estima que sí se señalará para la audiencia de apelación, advirtiéndose que el Tribunal Superior tendrá los pronunciamientos siguientes: i) El traslado del escrito de impugnación a las partes por dicho plazo; y, ii) Luego de recurrido el plazo la Sala se pronunciará si procede o no el acotado recurso.

3.4.6. En el presente caso, la Sala Penal de Apelaciones emitió la resolución del 27 de octubre de 2015 –fojas setenta y seis– donde consideró que por "Tratarse de un proceso urgente" admitió el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución del 13 de octubre de 2015 que declaró fundado la solicitud de tutela de derechos presentado por el investigado Oviedo Picchotito; y, señaló fecha para la audiencia pública el 29 de octubre del referido año.

3.4.7. Dicha decisión fue notificada a la defensa del investigado el 27 de octubre de 2015 –véase boleta de notificación a fojas setenta y ocho–. Luego, se realizó la audiencia el día señalado –véase fojas ochenta y dos–.

3.4.8. De tal modo, la Sala Superior inobservó lo prescrito en los numerales 1 y 2 del artículo 420° del Código Procesal Penal, debido a que admitió el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público sin correr traslado a las partes procesales por el plazo de 5 días, a fin de otorgarles la oportunidad de contradecir lo alegado por el impugnante, plazo prudencial para preparar la estrategia de defensa que debe tener todo justiciable; no obstante, la referida Sala consideró que por "tratarse de un proceso urgente" que no está previsto en el Nuevo Código Procesal Penal, señaló fecha para la audiencia pública, decisión que si bien fue notificada al investigado, sin embargo ésta es defectuosa al vulnerarse su derecho de defensa, al no transcurrir dicho plazo conforme a ley teniendo 2 días de los 5 computado por la ley procesal; tanto más si el artículo 131° de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: "El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, así como a las partes que hayan pedido informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo. El abogado de la parte que no solicitó la palabra es igualmente citado si señaló domicilio en la sede de la Corte (...)"; en consecuencia, dicho extremo debe declararse fundado, resaltando que si bien la Sala inobservó dicha normal procesal que acarrea la nulidad absoluta por la vulneración del derecho constitucional de defensa que le asiste al investigado Oviedo Picchotito, sin embargo este Tribunal Supremo como órgano garantista de los principios y/o derechos constitucionales otorgados al justiciable, poder conferido por la Constitución y la Ley de la materia, y en aplicación de los principios procesales de economía y celeridad emitirá pronunciamiento de

fondo; ya que, lo contrario significaría una dilación del procedimiento y, con ello, persistiría el menoscabo del acotado derecho.

3.5. CUESTIONAMIENTO EN RELACIÓN SI DEBE EXISTIR UNA IMPUTACIÓN DETALLADA Y NO GENÉRICA EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y NO NECESARIAMENTE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA PARA PREPARAR Y EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA DE CADA JUSTICIABLE

3.5.1. En el modelo acusatorio, el imputado es la parte pasiva necesaria del proceso penal sobre quien recae la atribución de hechos delictivos (imputación necesaria) y que está normalmente amenazado en su derecho a la libertad o en el ejercicio de otros derechos, a propósito de la eventual sanción a imponerse al momento de expedir sentencia.

3.5.2. El artículo 336, numeral 1, del Código Procesal Penal señala que la calidad del imputado se adquiere a partir de la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso en que se emite una decisión final, y durante todo ese periodo éste puede hacer valer los derechos de la Constitución y las leyes reconocen, incluso a tenor del artículo 71.1 del referido Código desde las primeras diligencias de la investigación.

3.5.3. Es así, que mediante el Acuerdo Plenario Número 04-2010/CJ-116, en su fundamento jurídico número 11, estableció que la audiencia de tutela de derechos es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del N.C.P.P., que son los derechos fundamentales que están incluidos en la Constitución Política del Estado como norma constitutiva y organizativa de la mismas que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados al ordenamiento jurídico disfrutando de un estatus especial en cuanto a garantías -de tutela y reforma-.

3.5.4. Aunado a ello, dicho Acuerdo Plenario descrito líneas arriba, en su fundamento jurídico número 10, señaló que los derechos protegidos en la Audiencia de Tutela de Derechos son: conocimiento de los cargos incriminados, conocimientos de las causas de la detención, entre otros. Además, que "En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar

resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado".

3.5.5. En ese orden de ideas, señala que la finalidad de dicha audiencia consiste en que el Juez determine, desde las instancias y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio-, reparadora o protectora (véase fundamento jurídico número 11).

3.5.6. En ese sentido, la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido.

3.5.7. De otro lado, el Acuerdo Plenario número 02- 2012/CJ-11, en su fundamento jurídico número 6, indicó que los derechos fundamentales que se protegen en la tutela de derechos son aquellos previstos en el artículo 71° del N.C.P.P. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2, "a"). Debe entenderse por "cargos penales", aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público. El artículo 336.3, "b" del N.C.P.P sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria 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 la calificación.

3.5.8. Por consiguiente, el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales con el grado de **sospecha inicial simple** propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación–. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible -presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

3.5.9. Además, el referido Acuerdo Plenario referido precedentemente, en su fundamento jurídico número 9, señala que no puede cuestionarse en vía de tutela penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular una Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación

Preparatoria, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria, cuya contra está reservada al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino sospecha suficiente; sin embargo, cabe destacar que la garantía de defensa procesal prevista en el artículo IX del Título Preliminar del N.C.P.P incluye los derechos sustanciales, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos, previsto en el artículo 72.2, "a" del referido Código adjetivo, requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pueda tener lugar (véase fundamento jurídico número 10, del Acuerdo Plenario número 2- 2012/CJ-116); tal dato es indispensable para que puede ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal del enjuiciamiento, debido a que la defensa es ejercida desde el primer momento de la imputación.

3.5.10. De este modo, en ocasiones excepcionales, procederá la acción de tutela penal frente a la omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o imprecisos.

3.5.11. En suma, la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora -disponer la subsanación de la imputación plasmada en el DFCIP-.

3.5.12. Lo referente indica que es necesario que toda Disposición Fiscal detalle debidamente los cargos imputados en contra del investigado; debido a que toda resolución emitida por un órgano público debe estar debidamente motivada, más aún cuando se trate de un proceso penal ya que los derechos y/o garantías constitucionales que asiste al imputado son más susceptibles a menoscabarse. En ese sentido, en el caso concreto se advierte que la resolución de vista del 29 de octubre de 2015 -fojas ochenta y dos considera, en el fundamento jurídico número 5, que según el Acuerdo Plenario número 02-2012/CJ-116 que el inicio de una investigación penal necesita una simple sospecha y que conforme el proceso penal avance [desde los actos de investigación preliminar, pasando por la investigación preparatoria, la acusación, la etapa intermedia y la sentencia], el hecho materia de imputación penal deberá ser más preciso cada vez; no obstante, cabe resaltar que ello no es óbice que los pronunciamientos emitidos por los representantes

del Ministerio Público en sus disposiciones fiscales y por el Juez, al emitir sus resoluciones judiciales, guarden correlación y congruencia en el avance de las investigaciones; siendo que en el caso sub judice la disposición fiscal del 20 de agosto de 2015, disposición de ampliación de las diligencias preliminares que dispone ampliar la investigación preliminar por el término de 120 días contra el investigado Oviedo Pichotito, así como a otros investigados, por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio calificado, asociación ilícita para delinquir, tenencia ilegal de armas de fuego y municiones, y otros, en agravio del Estado, y otros; empero en dicha investigación no se precisa cuál es el aporte presuntamente delictivo del imputado en los hechos materia de investigación.

3.5.13. Aunado a ello, obra en autos la disposición fiscal del 03 de setiembre de 2015 -fojas treinta y dos-, disposición de la ampliación de formalización y de la investigación preparatoria, que en su parte resolutiva, refiere ampliar la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra Víctor Wilfredo Rodríguez Ortiz, por delito de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, y como autor mediato por delito de homicidio calificado, en agravio de Percy Valdemar Farro Witte. Asimismo, contra Edward Giovanni Montenegro Sales, César Jonathan Valencia Delgado y Alberto Jampierre Bulnes Facho, por delito contra la paz pública, en la figura de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; en consecuencia, dispone son las diligencias que deben realizarse; advirtiéndose, que en dicha disposición no dispone nada respecto al investigado Oviedo Pichotito, a pesar que en su parte considerativa al describir los hechos hace referencia a una probable asociación ilícita en relación al acotado investigado.

3.5.14. Se advierte que entonces que si bien el Acuerdo Plenario número 02-2012/CJ-116 considera que debe haber una simple sospecha e imputación mínima de los ilícitos imputados; sin embargo, ello no es óbice para que las disposiciones fiscales emitidas por los representantes del Ministerio Público sean congruente y correlaciones entre sí en el decurso del procedimiento; siendo que en el caso sub judice se evidencia que las disposiciones fiscales son incongruentes al no tener correlación entre las partes considerativa y decisoria -como está detallado líneas arriba-, vulnerándose la garantía constitucional de la debida motivación de resoluciones, y, a consecuencia de ello, la imputación formulada por el representante del Ministerio Público genera indefensión al investigado; en consecuencia, dicho agravio debe declararse fundado.

G. DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

162

§162. Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia

Casación	171-2011-LIMA
Fecha	07 de agosto del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 2º.2 y 139º.16 de la Const.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	10°, 11°, 12° y 13° .

RESUMEN:

El principio de gratuidad en la Administración de Justicia forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, e implica una vía por la que se materializa el principio-derecho de igualdad. En virtud al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, no puede permitirse que quien cuente con menores recursos económico sufra de indefensión.

El pago de los aranceles o tasas judiciales, por tanto, no debe significar un impedimento para que todos los ciudadanos puedan recurrir a las autoridades jurisdiccionales en la búsqueda de la tutela de sus derechos. *En este sentido es que se determina que* ***el Ministerio Público debe expedir copias de las actuaciones principales, siempre que la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del mismo.***

FUNDAMENTOS:

"CONSIDERANDO

DÉCIMO PRIMERO: Que, del análisis de fondo del motivo casatorio por el que fue admitida el presente recurso de casación, desarrollo de la doctrina jurisprudencial se tiene que en relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139° inciso 16) de la Constitución Política del Estado, establece expresamente que:

> *Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 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*[123].

DÉCIMO SEGUNDO: Que, dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2004-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

DÉCIMO TERCERO: Que, asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad en la Administración de Justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Estado, por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que el hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor[124]. Consideraciones

---

[123] Sentencia del 8 de noviembre de 2011, Ucayali, Luis Alberto Lecca Alva. Exp. N° 02449-2011-PA/TC:

[124] Sentencia del 17 de setiembre de 2009. Exp. N° 05644-2008-PA/TC, Lima, Francisco Clodomiro Gamboa Herrera.

por las que debemos fijar como criterio rector que: el Ministerio Público expida copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del beneficiario. **CRITERIO QUE EN ADELANTE DEBE SER CONSIDERANDO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO**".

163

§163. Gratuidad de copias de carpeta fiscal siempre que se acredite escasos recursos del beneficiario

Casación	172-2011-LIMA
Fecha	17 de julio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 138° del NCPP, y Arts. 2, inciso 2, y 139°, inciso 16 de la Constitución Política del Perú.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	11°, 12° y 13°

RESUMEN:

El Ministerio Público debe expedir copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica de beneficiario y adjuntar la verificación socioeconómica del beneficiario.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO PRIMERO: Que, del análisis de fondo del motivo casatorio por el que fue admitida el presente recurso de casación, desarrollo de la doctrina jurisprudencial se tiene que, en relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139° inciso 16) de la Constitución Política del Estado, establece expresamente que: Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...) 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.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2001-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos de encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

DÉCIMO TERCERO: Que, asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad de la Administración de Justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Estado por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor. Consideraciones por las que debemos fijar como criterio rector que: el Ministerio Público expida copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica de beneficiario y adjuntar la verificación socioeconómica del beneficiario.

H. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN

164

§164. Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo

Acuerdo Plenario	3-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 31° del A.C.P. P.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 8°

RESUMEN:

Suele suceder que junto con la presentación de una demanda de habeas corpus o de amparo contra una concreta decisión o actuación de un juez de la causa se recuse paralelamente al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad. Sin embargo, ***la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; por lo que no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento para estimar lesionada la imparcialidad judicial.*** *Es en este sentido que se requiere la presencia de indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad.*

FUNDAMENTOS:

"6°. La ***recusación*** es una institución procesal de relevancia constitucional. ***Garantiza***, al igual que la abstención o inhibición, ***la imparcialidad*** judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-. Persigue alejar del proceso a un juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el thema decidendi- que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta- tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, ***dos dimensiones***, una de ***carácter subjetivo*** y vinculado con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –*test subjetivo*-; y otra ***objetiva***, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –test objetivo-.

7°. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29° y 31° del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa –opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal-. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante-; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a

cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

8°. Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una ***demanda de habeas corpus o de amparo*** interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31° del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.

En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría apariencia de imparcialidad. Pero, como ya se anotó, ***la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial.*** Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

9°. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31° del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34°-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90° del Código de Procedimientos Penales –en especial, el último extremo del apartado uno-."

I. PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*

165

§165. Principio *ne bis in ídem* material

Recurso de nulidad	2090-2005-LAMBAYEQUE
Fecha	17 de junio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.

RESUMEN:

En virtud al principio ne bis in idem material es que ***se prohíbe sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto****. Por tanto, se establece que sólo es posible sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. De esta manera se respeta los principios de legalidad y de proporcionalidad.*

FUNDAMENTOS:

"**4º.** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que ***la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o***

puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

5º. Que el ***principio ne bis in idem material*** tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del título preliminar del código penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente."

J. PRINCIPIO ACUSATORIO

166

§166. Principio acusatorio e imposibilidad para variar el contenido esencial del elemento fáctico de la imputación

Casación	709-2016/LAMBAYEQUE
Fecha	08 de junio del 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 349º, 352º, 374º y 387º del NCPP

RESUMEN:

La acusación debe cumplir con el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal: relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado. Igualmente, desde tal exigencia de estabilidad de los cargos y de su conocimiento por el imputado, toda modificación, aclaración o subsanación en sede de etapa intermedia debe ser objeto de previo conocimiento por las partes (artículo 352, apartado 2, del Código Procesal Penal) —acusación aclaratoria—; así como, durante el juicio, es posible incorporar un hecho nuevo o una nueva circunstancia, siempre que modifique la calificación legal o integre un delito continuado —no cualquier hecho ni circunstancia—, a través de la acusación complementaria (artículo 374, apartado 2, del Código Procesal Penal); y, concluido el debate probatorio, es factible formular una acusación oral adecuada —solo respecto de la pena y reparación civil—, o una acusación oral corregida —que corrija errores materiales o incluya una circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión en la medida en que fue debatida en el curso del debate— (artículo 387, numerales 2 y 3, del Código Procesal Penal).

Desde el principio acusatorio, se exige, entre otras líneas de correlación, la denominada congruencia fáctica. Ésta es de carácter objetivo, y se refiere al hecho punible- a la fundamentación de la pretensión-, que se atribuye al imputado. Tiene que ver con un acontecimiento real constitutivo de algún tipo de delito incriminado al imputado; y, dentro de él, al núcleo esencial del hecho -a su esencialidad histórica, no a sus circunstancias accesorias-. El hecho debe ser coincidente, no idéntico, según el relato acusatorio y la declaración de hechos probados de la sentencia. Ha de respetar los lineamientos esenciales de la respectiva ejecución delictiva descripta por la acusación, lo que en modo alguno elimina la posibilidad de mayores concreciones fácticas -para hacer más completo y comprensible el relato- e, incluso, de degradación entre hecho acusado y hecho condenado, siempre que respete su base nuclear, insustituible por cierto.

FUNDAMENTOS:

1. Del primer motivo de casación

PRIMERO. Que el primer motivo de casación es el inobservancia de precepto constitucional de carácter procesal: debido proceso y defensa procesal (artículo 139, numerales 3 y 14, de la Constitución), en directa relación con el artículo X del Título Preliminar y artículos 349, apartado 1, 352, apartado 2, 374, apartado 2, y 387, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal desarrolla la garantía de defensa procesal. Es de destacar, a los efectos de la dilucidación del caso, el derecho del imputado a que se le comunique detalladamente la imputación formulada en su contra —los cargos, claros y precisos en lo esencial, se corresponden con lo que debe plantear la Fiscalía, de suerte que el órgano jurisdiccional en la sentencia debe respetar los hechos, debatidos en el acto oral, que incorpora el Ministerio Público—.

En esa perspectiva fundamental, la acusación debe cumplir con el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal: relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado. Igualmente, desde tal exigencia de estabilidad de los cargos y de su conocimiento por el imputado, toda modificación, aclaración o subsanación en sede de etapa intermedia debe ser objeto de previo conocimiento por las partes (artículo 352, apartado 2, del Código Procesal Penal) —acusación aclaratoria—; así como, durante el juicio, es posible incorporar un hecho nuevo o una nueva circunstancia, siempre que modifique la calificación legal o integre un delito continuado —no cualquier hecho ni circunstancia—, a través de la acusación complementaria (artículo 374, apartado 2, del Código Procesal Penal); y, concluido

el debate probatorio, es factible formular una acusación oral adecuada —solo respecto de la pena y reparación civil—, o una acusación oral corregida —que corrija errores materiales o incluya una circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión en la medida en que fue debatida en el curso del debate— (artículo 387, numerales 2 y 3, del Código Procesal Penal).

SEGUNDO. Que la acusación fiscal de fojas una comprendió una secuencia histórica de dos acontecimientos sucesivos: solicitar dinero a la agraviada y recibir el dinero solicitado. Este hecho está comprendido en la Sección III, punto dos "circunstancias concomitantes" de la acusación. En el relato del hecho es claro que se hizo mención a esos dos eventos en línea continuada o progresiva pero con una misma finalidad delictiva: solicitar dinero y recibirlo posteriormente.

Todo el itinerario de este episodio histórico ha sido materia del juicio —lo ha comprendido—, de modo que el imputado no ha podido ver comprometida su posición procesal. Se le atribuyó haber solicitado dinero a la agraviada, la cual —luego de la denuncia ante la Fiscalía Superior de Control Interno— se lo entregó, circunstancias en que fue detenido en flagrancia delictiva. El principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal, no se ha visto comprometido en perjuicio del imputado, menos el principio acusatorio —que está en función a la formación del objeto procesal—.

TERCERO. Que, por lo demás, la sentencia de primera instancia da cuenta del cargo que, en línea cronológica, parte de la solicitud de dinero y culmina con la entrega del mismo, que el imputado recibió el dinero que con anterioridad había solicitado a la agraviada, como fluye del cuarto fundamento jurídico. Esa conclusión del juicio histórico del fallo tiene su correlato en la acusación oral, en la que se indicó manifiestamente que el imputado solicitó y recibió una prebenda económica de cincuenta soles. Así, correctamente, se indicó en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de vista.

CUARTO. Que es incontestable que, desde el principio acusatorio, se exige, entre otras líneas de correlación, la denominada *congruencia* fáctica. Ésta es de carácter objetivo, y se refiere al hecho punible- a la fundamentación de la pretensión-, que se atribuye al imputado. Tiene que ver con un acontecimiento real constitutivo de algún tipo de delito incriminado al imputado; y, dentro de él, al núcleo esencial del hecho -a su esencialidad histórica, no a sus circunstancias accesorias-. El hecho debe ser coincidente, no idéntico, según el relato acusatorio y la declaración de hechos probados de la sentencia. Ha de respetar los lineamientos esenciales de la respectiva ejecución delictiva descripta por la acusación, lo

que en modo alguno elimina la posibilidad de mayores concreciones fácticas -para hacer más completo y comprensible el relato- e, incluso, de degradación entre hecho acusado y hecho condenado, siempre que respete su base nuclear, insustituible por cierto.

QUINTO. Que, en consecuencia, en el presente caso, el suceso histórico o hecho objeto del proceso no se alteró en su esencialidad. La acusación hizo referencia a una línea secuencial de configuración del hecho delictivo, que se inició con la solicitud indebida de dinero por el encausado en relación a una actividad propia de su cargo y culminó con recepción del mismo. Todo ese episodio histórico -hecho procesal- está incurso en el artículo 396 del Código Penal en concordancia con el artículo 395 del Código acotado.

No está en discusión, por no integrar el motivo de casación, si es de aplicación el primer o el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal. En todo caso, la pena es la misma: privación de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Se trataría simplemente de un problema de subsunción normativa, sin efectos lesivos a la posición jurídica del imputado, teniendo en cuenta el relato del suceso histórico descripto en la acusación.

El motivo de casación debe desestimarse y así se declara.

§ 2. *Del segundo motivo de casación*

SEXTO. Que el segundo motivo de casación es el de quebrantamiento de precepto procesal. Tiene que ver con la denuncia de inobservancia del artículo 393, apartado 1, del Código Procesal Penal, en orden a la exigencia de valoración solo de las pruebas actuadas y debatidas en el juicio oral. Esta prescripción afirma la obligatoriedad del principio de legalidad procesal referido a las reglas de valorabilidad de las pruebas.

Sobre el particular, el artículo 393, apartado 1, de la Ley Procesal Penal estipula que "*El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio*". La incorporación de un medio de prueba al juicio –ofrecimiento, admisión y actuación- no es suficiente para su valoración, hace falta que éste haya accedido correctamente al debate; esto es, que cumpla con la legalidad procesal, con las disposiciones del Código sobre la prueba.

SÉPTIMO. Que, al respecto, el impugnante denunció que el Tribunal Superior valoró un supuesto medio de prueba no admitido, actuado ni debatido en el juicio. Se trata del Disco Compacto adelante, CD- que contiene la filmación de la intervención

policial-fiscal al citado procesado, lo que dio lugar a la confirmación de la condena que se le dictó pues incidió en un dato esencial del juicio de culpabilidad.

Ahora bien, es verdad que en la audiencia de control de la acusación de fajas veintidós, de diez de febrero de dos mil dieciséis, el Fiscal oralizó el mencionado CD, pero no lo ofreció como medio de prueba; y, en el acto oral, el Juzgado Penal lo rechazó, conforme aparece a fojas Cincuenta, de dos de marzo de dos mil dieciséis. Es por ello que la sentencia de primera instancia no lo mencionó como medio de prueba de cargo que era del caso interpretar y valorar. El Tribunal Superior, en cambio, en el fundamento jurídico quinto, "Análisis del caso sobre la nulidad deducida", en el punto noveno [folio trece de la sentencia de vista], anotó lo siguiente: "Respecto *a* la falta de elementos *de convicción contenidos* en el *acta de* intervención, en efecto, es *escueta, lo que obedece al hecho de haber sido filmada dicha* intervención, *filmación* en la *cual* se *ha logrado* determinar que el billete de cincuenta *nuevos soles [...],* previamente *fotocopiado aparece dentro de* los expedientes, *pero* en el ámbito *de dominio pleno del imputado, por haberse encontrado entre el tablero y la pantalla de la computadora,* estando delante de *esos objetos informáticos algunos* expedientes que *separaban* en *cierto modo,* el límite entre *público* y su ámbito de dominio...».

OCTAVO. Que es evidente, entonces, que, de valoró lo -que no debía valorar porque no integraba siempre que se entienda que el acta de intervención es una prueba documental distinta de la filmación de la diligencia correspondiente que se encuentra perennizada en un CD.

En el párrafo transcripto, la Sala de Apelaciones mencionó el acta de intervención, que sí fue admitida en sede intermedia, actuada y debatida en el acto oral, y valorada en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, agregó a ese medio de prueba, para obtener un más completo elemento de prueba de una misma diligencia procesal, el contenido del CD, que en todo caso complementaba y reflejaba objetivamente lo sucedido en esa diligencia —es, en buena cuenta, una unidad inescindible el acta de intervención con la filmación que refleja la propia diligencia de intervención, en tanto prueba preconstituida—. Si bien esto último es rigurosamente cierto, es obvio también que si una prueba documental completa otra, y da cuenta de lo sucedido en el conjunto integral de la diligencia de intervención, necesariamente debió ser incorporada al material probatorio, lo que no sucedió en el sub-lite. Luego, no es posible, por razones vinculadas a las garantías de defensa en juicio y de tutela jurisdiccional, completar una prueba documental con otra no incorporada como material probatorio.

NOVENO. Que, empero, es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 432, apartado 3, del Código Procesal Penal, que establece que los errores jurídicos que no influyen en la parte dispositiva de la sentencia recurrida no causan nulidad. La declaración de nulidad de un acto procesal, en especial de la sentencia y del juicio precedente, exige no solo la simple infracción de la norma, sino que se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, que se cause efectiva indefensión material (principio de trascendencia de las nulidades). No tiene relevancia a efectos casacionales la denuncia de un vicio existente en los motivos jurídicos de la resolución impugnada si no trasciende al fallo ocasionando su no ajuste a derecho —es la denominada teoría de la causalidad del vicio respecto del fallo o dispositivo de la sentencia impugnada— [GUZMÁN FLUJA, VICENTE: *El recurso de casación civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, páginas 104-105].

DÉCIMO. Que, en el presente caso, es de mencionar, según la sentencia de primera instancia, el mérito del acta de intervención correspondiente, avalada por las declaraciones de los efectivos policiales intervinientes Edgar Picón Lazada y Víctor Javier Chafloque Oliden. De igual manera, la declaración de la agraviada Segunda Clara Valdivia Torres y su previa denuncia verbal, así como el billete de cincuenta soles en cuestión y, antes, el acta de recepción- fotocopiado y entrega de billetes, así como el acta de registro 'de lectura de llamadas realizadas al celular de la denunciante Valdivia Torres y la carta de telefónica que dan cuenta de las llamadas entre imputado y agraviada.

Estos medios de prueba, analizados individual y conjuntamente, arrojan un resulta probatorio contundente: el imputado Paico Ramírez, abusando de su cargo de Secretario de Juzgado, pidió dinero —y lo recibió— a una litigante para favorecerla en el trámite de la causa que seguía con determinada información o actuación secretarial. La intervención policial está consolidada con unas actuaciones previas de denuncia y de fotocopiado del dinero que debía entregarse al imputado, y además se confirma con las declaraciones de los policías intervinientes y el resultado de la misma diligencia. Nada hace pensar que medió una denuncia espuria y una intervención de la autoridad sin garantías ni eficacia probatoria.

En estas condiciones, dada la pluralidad de pruebas coherentes y coincidentes entre sí, la filmación de la diligencia de intervención resulta superabundante. Su exclusión del material probatorio no importa que el juicio de culpabilidad decaiga, dado que, es de insistir, consta en autos prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia.

El motivo de casación denunciado debe rechazarse y así se declara.

UNDÉCIMO. Que, estando a la desestimación del recurso de casación por el imputado, es de aplicación el artículo 497, numerales 1, 2 y 3, del Código Procesal Penal, así como los artículos 504, apartado 2, y 506 del citado Código, por lo que debe condenarse al imputado al pago de las costas.

167

§167. Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal

Queja	1678-2006-LIMA
Fecha	13 de abril de 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4°, 5° y 6°

RESUMEN:

El principio acusatorio es una garantía esencial que integra el contenido del debido proceso y delimita el objeto del mismo. Así, ***la acusación fiscal es la que determina el objeto del proceso y está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada fundamentación fáctica****, lo que quiere decir que el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo es fijado por el Ministerio Público.*

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que, en cuanto al *principio acusatorio*, es evidente –según doctrina procesalista consolidada- que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal (conforme: GIMENO SIENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, pp. 179).

Que, entre las ***notas esenciales*** de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, *en* ***primer*** *lugar*, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y

ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal –que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el Fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, *en segundo lugar*, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo Nemo iudex sine acusatore, que si el Fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que sólo compete a la Fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial –es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si éste coincide con lo decidido por el Fiscal Inferior concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público- no existe la posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación;

Que no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible – asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto- una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, afecte el derecho a prueba de la parte civil –que integra la garantía constitucional de defensa procesal- o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias contradictorias o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida

la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquélla.

Que, en el presente caso, no se ha producido ninguna de las situaciones de excepción ancladas en el derecho a la prueba o a la completa valoración de los hechos que integran la instrucción judicial, por lo que, la invocación del principio acusatorio como motivo suficiente para confirmar el sobreseimiento, es legalmente correcto y no infringe precepto constitucional alguno.

QUINTO: Que, como se ha dejado expuesto, el objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal, que a su vez está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada "fundamentación fáctica", esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo -esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinada, y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional.

Que los hechos delimitados en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y tres se circunscriben, en su esencia, a la falsificación de una partida bautismo que se presentó en un proceso jurisdiccional y, mediante ella, se logró un fallo que sirvió para afectar derechos patrimoniales de la agraviada Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima; que el citado documento falso se utilizó el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro y dio lugar a sendas sentencias jurisdiccionales que culminaron con la Ejecutoria Suprema del veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, tal como se indica a fojas quinientos ocho de la sentencia penal de primera instancia -dato de hecho que no ha sido objetado por el quejoso-; por tanto, es a partir de esa fecha -es obvio que durante la tramitación del proceso civil y hasta que no se culminara no era posible promover la acción penal pues de acuerdo al artículo ochenta y cuatro del Código Penal está vigente una causal jurisdiccionales estaba vigente una la de suspensión del plazo de prescripción- que empieza a correr el plazo de la prescripción extraordinaria, en tanto 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. modificación falsaria del documento y que, asimismo, puede concurrir con él y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso es un tercero-, el cual en el presente caso sustento una demanda y dio lugar a una sentencia que consolidó el propósito criminal del agente -es de insistir que el uso de un documento falso es un delito de estructura instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse más allá, por lo que, en principio, el plazo de prescripción empezara a contarse desde

el momento de su utilización-; que si cuenta el plazo desde el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha de la sentencia de vista del siete de agosto de dos mil seis ha transcurrido más de quince años, en tanto se calificó que el documento falso era de carácter público, por lo que la declaración de prescripción es legalmente correcta.

SEXTO: Que si bien es cierto que en el curso del procedimiento se dedujo una excepción de prescripción y, finalmente, este Supremo Tribunal la desestimó mediante Ejecutoria de fojas trescientos cuarenta y siete, del ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, bajo el argumento que con la partida de bautismo falsa promovió una serie de demandas civiles de desalojo en los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis, a partir de las cuales debe computarse el plazo de prescripción, es de precisar que la acusación fiscal delimitó el objeto procesal a la alteración de la partida de bautismo y su utilización en el proceso de contradicción de sentencia -dato que es compatible con las denuncias fiscales formalizadas de fojas cientos treinta y cinco y doscientos treinta y uno-, en consecuencia, es ese el marco de referencia bajo los precisos contornos del principio acusatorio, cuya esencia en virtud de su jerarquía constitucional debe respetarse en todo momento por el órgano jurisdiccional, de suerte que una resolución interlocutoria no puede, en esos estrictos ámbitos, definir anteladamente el contenido fáctico y, luego, la apreciación jurídica del órgano de mérito cuando deba dictar sentencia, siempre que esté de por medio la vigencia de las garantías procesales constitucionalizadas."

168

§168. Principio Acusatorio y límites a las facultades de la parte civil en el proceso penal

Recurso de Nulidad	1969-2016-LIMA NORTE
Fecha	01 de diciembre del 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Artículos 92°, 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

RESUMEN:

La incoación de la persecución penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Tanto la Corte Suprema de Justicia de la República, como el Tribunal Constitucional, han emitido pronunciamientos similares respecto al significado y trascendencia del Principio Acusatorio. La tendencia está orientada a respetar los fueros competenciales de cada sujeto procesal en el devenir de un proceso penal, asignándosele funciones acusatorias y de pretensión de condena al Ministerio Público, y labores de juzgamiento del objeto procesal al Poder Judicial. El perjudicado en el delito detentará legitimidad procesal, siempre que su actuación tenga por objetivo defender los derechos que le corresponden en relación con la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. La única limitación se circunscribe al objeto penal: No le atañe requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil.

El daño a la persona comprende el daño emergente, el daño corporal y el daño psicológico. La medición del lucro cesante surge a partir de ciertos indicadores objetivos, entre ellos, la ocupación laboral o vocación estudiantil, que permitan fijar una suma

proporcional con la pérdida de ingresos económicos futuros. Se refiere, concretamente, a la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, en caso que el delito no se hubiera perpetrado. El daño moral, cuya incidencia no repercute en el patrimonio, entraña una perturbación a las condiciones anímicas; canalizadas mediante sentimientos de angustia, tristeza y desánimo, entre otros, siendo una característica común el padecimiento emocional o psicológico del afectado por el delito, sea el agraviado directamente con la acción delictiva, o en su caso, los familiares con una íntima vinculación afectiva.

FUNDAMENTOS:

DE LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO DEL DELITO DE SECUESTRO.-

QUINTO: En principio, cabe señalar que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR no impugnó la absolución dictada a favor del procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN por el delito de Secuestro. Tal aspecto debe ser valorado en primer orden, pues, conforme al reparto funcional de roles asignado a cada sujeto procesal, en el contexto de un debido proceso penal, corresponde únicamente al Ministerio Público la promoción y el ejercicio de la acción penal, así como la persecución pública del delito. La intervención procesal de la PARTE CIVIL, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; sin embargo, no es independiente a los lineamientos persecutores que éste imponga, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada [calumnia, difamación o injuria]. La PARTE CIVIL ejerce facultades probatorias, en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extra patrimonial generado a consecuencia del hecho punible, lo cual, no implica que deba irrogarse funciones cuya titularidad no le concierne. La incoación de la acción penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Esta consideración tiene como base normativa lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado, siendo pertinente destacar, entre las principales atribuciones del Ministerio Público; Iris siguientes: *"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"* [numeral 1)] *y "Ejercitar* la acción *penal* de oficio o a petición de parte" [numeral 5)].

SEXTO: Sin duda el objetivo institucional del proceso penal es la averiguación de la verdad [1]. Dicho propósito, sin embargo, no tiene contenido

ilimitado; por el contrario, se enmarca en el cumplimiento de ciertos principios procesales que orientan la secuencia del proceso investigativo. Dos son los principios de mayor significación: El **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD** y el **PRINCIPIO ACUSATORIO.**

- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD. - El ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva, son prerrogativas ejercidas a instancia privativa del Ministerio Público, como órgano constitucional público especializado. La obtención de la verdad requiere del cumplimiento de vías formalizadas, por lo tanto, la persecución delictiva debe ser promovida por organismos oficiales del Estado, no quedando librada a la voluntad del lesionado en el delito. Esto implica que el Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente [2]. De ello se derivan dos tipos de beneficios: De un lado, constituye una garantía de que las investigaciones se realicen en forma debida y correcta, mediante la actuación de las diligencias convenientes para la comprobación del delito, en un escenario formal de averiguación. Y de otro lado, cumple una finalidad proteccionista, es decir, se busca que las investigaciones, como parte de la persecución delictiva, se realicen con la mayor moderación posible, legitimando el resultado de la indagación criminal y la posible aplicación de una consecuencia jurídico - penal. Con ello, se busca abstraer a la parte ofendida en el delito, de la posibilidad de ejercer justicia de modo particular [método auto compositivo], encomendándosele dicha facultad a órganos dotados de imparcialidad y legitimidad pública: Ministerio Público y Poder Judicial, personificados en el Fiscal y el Juez [método hetero compositivo] . Y es que, el, delito, con arreglo al principio de intervención mínima, ha de ser siempre indisponible, perteneciendo al Estado su persecución, aunque el sujeto pasivo de la acción no muestre voluntad favorable. De ahí que se conciba al delito como un fenómeno público, y no un acto privado [3].
- **PRINCIPIO ACUSATORIO.-** La función jurisdiccional no es absoluta sobre la acreditación del objeto procesal. La decisión judicial debe observar las garantías y principios inherentes al debido proceso, uno de las cuales lo constituye el PRINCIPIO ACUSATORIO. Los alcances de este principio han sido puntualizados en importante jurisprudencia, tanto judicial como constitucional. Es pertinente destacar los siguientes pronunciamientos: **i]** Recurso de Queja Excepcional número 1678 - 2006/LIMA, de fecha trece de abril de dos mil siete, emitido por la Sala Penal Permanente,

donde se señala que la acusación fiscal es privativa del Ministerio Público y el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal [FJ sétimo]; ii] Recurso de Nulidad número 2358 - 2009/LIMA, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, expedido por la Sala Penal Permanente, que reconoce su integración al contenido esencial de la garantía del debido proceso, conforme al artículo 139, numeral. 3), de la Constitución Política del Estado, e informa el objeto del proceso penal. A través de este principio, se determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el juzgamiento de .la pretensión penal. La fundamentación reside en la preservación de la, imparcialidad del Juez, que podría verse comprometida si se le atribuyeran, a él mismo, las funciones de descubrir, investigar y perseguir los hechos posiblemente constitutivos de delito. A la vez, comprende dos elementos característicos. Uno, alusivo al desdoblamiento de las funciones de investigación y de decisión, a cargo de dos órganos públicos distintos, el Juez Instructor o Penal, en el Código de Procedimientos Penales, y el Ministerio Público, en el Nuevo Código Procesal Penal, sustentado en el artículo 159°, numeral 4), de la Constitución Política del Estado. Y otro, referente a la distribución de las funciones de acusación y decisión, en armonía con el aforismo nemo iudex *sine* acusatore, el cual, incluso, se extiende a la promoción de la acción penal, a la inculpación penal, y a la propia incoación de la instrucción o de la investigación preparatoria [FJ segundo]; STC número 4552 - 2013 - PHC/TC - La Libertad, de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, donde se precisa que: **a)** No puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el Fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; **b)** No puede condenarse por hechos distintos de los acusados, ni a persona distinta de la acusada; **c)** No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad [FJ quinto]; y, iv] STC número 2005 - 2006 - PHC/TC -Lima, de fecha trece de marzo de dos mil seis, estableciéndose que :ID *primera de las características del principio* acusatorio (...) guarda directa *relación* con la *atribución del Ministerio Público,* reconocida en *el artículo 159° de* la *Constitución, entre* otras, de *ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la* potestad del *Ministerio Público de* incoar la acción *penal y de acusar,* a falta de ésta, el proceso debe *llegar* a su fin (...)". [FJ sexto y sétimo]; entre otras.

SÉTIMO: Está claro, entonces, que tanto la Corte Suprema de Justicia de la República, como el Tribunal Constitucional, han emitido pronunciamientos similares respecto al significado y trascendencia del Principio Acusatorio. La tendencia está orientada a respetar los fueros competenciales de cada sujeto procesal en el devenir de un proceso penal, asignándosele funciones cusabrias y de pretensión de condena al Ministerio Público, y labores de juzgamiento del objeto procesal al Poder Judicial. El perjudicado en el delito detentará legitimidad procesal, siempre que su actuación tenga por objetivo defender los derechos que le corresponden en relación con .1a responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. La única limitación se circunscribe al objeto penal: No le atañe requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil [4].

OCTAVO: Los argumentos antes mencionados son pertinentes para rechazar la pretensión anulatoria de la PARTE CIVIL, respecto a la absolución del acusado por el delito de Secuestro. Como ya se ha señalado, a la PARTE CIVIL le está vedada la posibilidad jurídica de insertar alguna pretensión acusatoria, al margen de las disposiciones incriminatorias, de contenido oficial, del Ministerio Público [Principio de Oficialidad]. En el modelo procesal vigente, si el Fiscal decide no persistir en la persecución pública del delito, la misma debe fenecer inmediatamente [Principio Acusatorio]. Las atribuciones del Ministerio Público no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. El cese de la acción persecutora del delito puede manifestarse, a nivel del ordenamiento procesal nacional, sea emitiendo una acusación formal

[artículo 92° numeral 4), de la Ley Orgánica del Ministerio Público], o mediante el retiro de la acusación [artículo 274° del Código de Procedimientos Penales]; lo que forma parte de la autonomía constitucional del Ministerio Público reconocida en el artículo 158° de la Constitución Política del Estado. En ningún caso es viable que el órgano jurisdiccional decida lo opuesto, es decir, emita Orla condena que presuponga la subsistencia de una pretensión penal. De tal manera que, en esas condiciones, no corresponde autorizarlo a que expida una sentencia condenatoria, ni siquiera bajo la justificación de que los hechos enjuiciados están bajo su dominio, y que, por tanto, todo se circunscribe a un asunto de valoración de la prueba; pues hacerlo evidenciaría el mantenimiento de oficio de la acusación por el órgano sentenciador, convirtiéndose en inquisitivo.

NOVENO: En el caso analizado, el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, durante el juicio oral, en la etapa procesal de requisitoria oral, conforme al artículo 273° del Código de Procedimientos Penales, y respetando los límites fácticos del dictamen escrito de fojas mil doscientos noventa y cuatro, formuló **ACUSACIÓN SUSTANCIAL** contra el procesado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar; más no así por el delito de Secuestro, por el que sólo realizó una **ACUSACIÓN FORMAL,** argumentando la existencia de duda razonable sobre la materialidad del mismo [fojas mil ochocientos noventa y tres]. La acusación formal motivó a que la Sala Penal Superior emitiera una sentencia absolutoria a favor del acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, por el delito de Secuestro; la cual fue consentida por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, al no haber interpuesto recurso de nulidad. Por lo tanto, el citado extremo absolutorio de la sentencia recurrida debe ser ratificado, en aplicación del Principio Acusatorio, que tiene rango constitucional.

DÉCIMO: Respecto a los agravios de la PARTE CIVIL, sobre dicha absolución, --este Supremo Tribunal considera necesario realizar algunas precisiones / respecto a la configuración del delito de Secuestro, de cara al factum postulado por el Ministerio Público: **A.** En doctrina se considera que el bien jurídico tutelado en el delito de Secuestro es la libertad personal, entendida como la libertad ambulatoria o de locomoción, es decir, la facultad o capacidad de las personas de trasladarse libremente de un lugar a otro, conforme a su espectro volitivo y las circunstancias especiales [5]. La libertad ambulatoria abarca la posibilidad de la persona de fijar libremente su ubicación espacial.

La configuración del delito de Secuestro, conforme a la redacción típica del artículo 152° del Código Penal, exige que el sujeto activo provoque determinadas circunstancias que rescindan la capacidad del sujeto pasivo de trasladarse, a su voluntad, de un lugar a otro. Lo ideal, a los efectos de acreditar la tipicidad objetiva, es verificar una situación de confinamiento que restrinja plenamente la libertad traslativa de la víctima.

C. De esta manera, el ilícito de Secuestro requiere el enclaustramiento de una persona en un espacio geográfico determinado, impidiéndosele, de modo absoluto, la capacidad de movilizarse a todo lugar que ella voluntariamente decida. El sujeto activo, mediante violencia, amenaza, engaño, o cualquier otro medio comisivo con intensidad suficiente para doblegar la voluntad del agraviado, debe lograr que su libre tránsito quede circunscrito a un lugar específico. Para cumplir

dicho objetivo, no es un requisito ineludible que se sustraiga a la víctima del sitio en que se encuentra y se le conduzca a otro lugar, sino que también se configurará tal delito en los casos que se retenga, contra su voluntad, a una persona en el lugar en el que comúnmente habita o se localiza [6]. Lo medular, entonces, será que la libertad ambulatoria de una persona quede demarcada a un espacio geográfico determinado.

D. Ahora bien, la característica fundamental del delito de Secuestro es que el sujeto pasivo no pueda, a su arbitrio, desplazarse más allá de los contornos de un determinado lugar. Es evidente que tal situación sólo ocurrirá cuando entre él y el mundo exterior se interpongan unos límites o barreras infranqueables que restrinjan plenamente su voluntad de desplazamiento. Estas barreras pueden ser físicas (verbigracia: salidas cerradas, puertas enchapadas, etcétera) o personales (verbigracia: una persona impide que otra abandone el lugar donde está retenida). Lo relevante es el efecto que se persigue: Anular su voluntad traslaticia, sea actual o potencial.

Es preciso considerar un supuesto adicional, esto es, los casos en qué el lugar donde se encuentra el sujeto pasivo no posee características de un centro de aislamiento extremo, es decir, no media entre tal persona y el mundo exterior barreras de tipo físico; en tanto que el sometimiento de la libertad ambulatoria sólo se sostiene en los casos de fuerza o posición amenazante de una persona interpuesta. Cabe examinar si las relaciones personales entre los involucrados (matrimonio, concubinato, ascendencia, entre otras), y el hecho de venir compartiendo a través del tiempo un espacio común, no reducen la capacidad de sujeción del sujeto activo del delito, al punto de desaparecerla. Es innegable que, en determinados contextos, subsiste una base de confianza que origina que, en cualquier momento, la persona restringida de su libertad (sea por violencia o amenaza), pueda recobrar dicha facultad (incluso fingiendo una reconciliación). Así, en los supuestos de personas con estrechos vínculos personales, sólo cuando el sujeto activo, aparte de los actos de intimidación o fuerza ejecutados, haya dado muestras (anteriores o concomitantes), de no desear, en absoluto, reanudar los vínculos de confianza que lo unían con el sujeto pasivo podrá sostenerse que la víctima no tenía posibilidades reales de soslayar el obstáculo que se opone al

uso de su libertad personal. Debe tratarse de una cadena reiterada y secuencial de hechos orientados a restringir, de cualquiera forma, el ejercicio irrestricto de la libertad. Sin embargo, quedará excluida la tipicidad objetiva del delito de Secuestro, como es obvio, cuando el sujeto activo recobre junto con el sujeto pasivo, dicho vínculo de confiabilidad, evidenciando un comportamiento natural y cotidiano, que se corresponde con la convivencia o el estrecho vínculo personal que mantuvieron.

F. En el caso que nos ocupa, la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén y el acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, convivían y mantenían una relación sentimental al momento de los hechos. Si bien este último lesionó gravemente a la primera, y la habría obligado a permanecer en el departamento durante dos horas aproximadamente, por el temor y la intimidación provocados [factum acusatorio]; es razonable ponderar que, en forma coetánea a dicho lapso temporal, el procesado y la víctima realizaron actos de reanudación de confianza. En efecto, la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén, en sede preliminar, durante la etapa de la' instrucción, y en el juzgamiento [fojas seis, setenta y cuatro, mil ciento setenta y tres, mil cuatrocientos noventa y siete, y mil ochocientos setenta y nueve]; afirmó, en lo pertinente, que después de las agresiones sufridas el 04 de junio de 2012, le solicitó al procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN que le rocíe whisky en la cara para atenuar sus heridas; incluso a solicitud del mismo, le sirvió la comida con normalidad, e iniciaron una conversación como si nada hubiera sucedido, al punto que el encausado se dirigió hacia ella en los siguientes términos: "[mi amor] *sirve[me]* la comida". Es de acotar que el acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, al escuchar ruidos alrededor del departamento, mostró signos de preocupación, dirigiéndose a la habitación principal, abriendo la persiana, e indagando sobre si alguien había escuchado la discusión suscitada. La agraviada reconoció que, en esas circunstancias, cogió su celular, se colocó una casaca, abrió la manija de la puerta principal y salió del domicilio.

G. Aun cuando este comportamiento, según la víctima, fue parte del plan para tranquilizar y distraer al procesado RONY Luís GARCíA GUZMÁN; se vislumbra que, a pesar de la gravedad de las lesiones causadas por este último, desde la perspectiva de ambos, los lazos de

su relación personal se mantuvieron incólumes. En este sentido, dicha agraviada tenía a su disposición la posibilidad de renovar los lazos personales con su agresor y remover el obstáculo que éste representaba, al uso de sus facultades locomotoras; como efectivamente lo hizo. En todo caso, se aprecia que el imputado no realizó alguna maniobra para convertir el • departamento, donde vivía con la agraviada, en una barrera físicá imposible de sortear. Ésta última refirió que para salir del domicilio simplemente abrió la puerta principal. En consecuencia, desde la óptica de la tipicidad objetiva, no cabe la configuración del delito de Secuestro. En cuanto a la presencia del dolo [elemento subjetivo], cabe señalar, que si no se ha acreditado la tipicidad objetiva de la conducta del procesado, carece de objeto analizar la tipicidad subjetiva, que sólo procede cuando se acredita la primera.

H. Finalmente, sobre la relevancia de la prueba personal – testifical propuesta por la PARTE CIVIL; se aprecia que dicha prueba no es directa. En efecto, los testigos Yarenis Armas Vásquez, Gerardo Zamora Flores y Alejandra Pascucci Pantoja [fojas once, ochocientos sesenta y cuatro, mil ciento sesenta y cinco, mil ciento sesenta y nueve, mil setecientos veintiocho, y mil setecientos ochenta y siete], sólo narran circunstancias periféricas. Se refieren al vínculo sentimental y la relación convivencia que mantuvieron el acusado con la agraviada y proporcionaron información sobre las constantes agresiones físicas y psicológicas que ésta padecía. Fuera de ello, dichas testimoniales no engloban datos reveladores e inequívocos sobre el hecho delictivo ocurrido el 04 de junio de 2012, en el departamento número 103 (primer piso), Block A, Condominio Valle Verde - La Ensenada, Distrito de Puente Piedra; concretamente sobre las circunstancias convergentes a la agresión física, menos aún, respecto a la presunta privación de la libertad personal de la agraviada. No se trató de testigos directos o presenciales del delito. Las circunstancias relatadas sólo se orientan a demostrar los constantes conflictos suscitados entre la víctima y el acusado. Por lo tanto, no constituyen prueba idónea y eficaz para acreditar el delito de Secuestro, del cual fue absuelto el encausado.

DE LA CONDENA DEL ACUSADO POR EL DELITO DE LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA FAMILIAR.-

A. TIPO PENAL DE LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA FAMILIAR.-

DÉCIMO PRIMERO: Según se ha detallado en el considerando Cuarto de la presente Ejecutoria Suprema, la responsabilidad del procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar, está suficientemente probada. Y es que, frente a la condena impuesta por la Sala Penal Superior, expresó su conformidad, no interponiendo recurso de nulidad. En ese sentido, cabe señalar que el tipo penal aplicado está previsto en el artículo 121°, numeral 2), del Código Penal, cuyo texto señala: *"Se consideran lesiones graves (...) Las que mutilan un* miembro u órgano *principal del cuerpo* o lo *hacen impropio para su función, causan* a *una persona incapacidad para el trabajo, invalidez* o *anomalía psíquica permanente* o la ***desfiguran*** de ***manera grave y permanente".*** Este hecho se agrava por haberse cometido en el contexto de violencia familiar, por lo que la pena que corresponde aplicar es la prevista en el artículo 121° - B del Código Sustantivo [vigente en la época de los hechos]. Es preciso considerar que, los términos "grave" y "permanente", han sido ampliamente definidos por la doctrina especializada, considerándose como grave 'a la lesión , cuando modifica profunda y considerablemente la forma habitual de la persona en su círculo social, y permanente cuando la desfiguración es indeleble, irreparable, excluyente de la posibilidad de una *restituo in integrum,* es decir, desfiguración no rectificable por sí misma [1. La característica de irreversibilidad e irreparabilidad debe entenderse en el sentido que por sí misma, la integridad corporal no pueda reconstruirse o restituirse y volver al estado anterior de producida la lesión.

B. DETERMINACIÓN DE LA PENA:

DÉCIMO SEGUNDO: El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR impugnó el *quantum* de la pena impuesta por el Tribunal Superior, por ser inferior a la solicitada en la acusación escrita. Por tanto, corresponde a este Supremo Tribunal realizar un nuevo esquema operativo de determinación punitiva, a efectos de contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción aplicada.

DÉCIMO TERCERO: La determinación de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal [que

vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y vista la proporcionalidad como límite máximo], como los artículos 45° y 46° del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada "DETERMINACIÓN LEGAL", y la segunda rotulada como "DETERMINACIÓN JUDICIAL". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

- **DETERMINACIÓN LEGAL:**

DÉCIMO CUARTO: Estando al Principio de Legalidad de la Pena, debemos remitirnos a la pena conminada prevista para el delito materia de condena [Lesiones Graves por Violencia Familiar], que de acuerdo a los artículos 121°, numeral 2), y 121° - B del Código Penal, es no menor de cinco ni mayor de diez años de pena privativa de libertad. No convergen circunstancias de agravación cualificada, como la reincidencia o habitualidad, cuyos efectos alterarían el límite máximo de la penalidad, configurando un nuevo' marco de punición.

- **DETERMINACIÓN JUDICIAL:**

DÉCIMO QUINTO: Seguidamente, corresponde fijar el quantum punitivo entre el mínimo y el máximo legal. En este punto, los presupuestos para fundamentar y determinar la sanción se encuentran previstos en el artículo 45° del Código Penal; siendo aplicables para el presente caso, las carencias sociales que hubiere sufrido el sentenciado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN; el nivel de su cultura y costumbres [tiene grado de instrucción secundaria completa (fojas ciento doce)]; y la ausencia de antecedentes penales [fojas quinientos setenta y siete]. Estas circunstancias genéricas de atenuación sólo permiten fijar la pena dentro de los márgenes de la penalidad abstracta que establece el tipo penal de Lesiones Graves por Violencia Familiar [cinco a diez años de pena privativa de libertad]. No concurre alguna causal de disminución dé punibilidad [responsabilidad restringida, tentativa o complicidad secundaria, entre otras], para justificar la imposición de una pena inferior al mínimo legal. Tampoco se configura la bonificación procesal por confesión sincera o conclusión anticipada del juicio oral. En efecto, el acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN en sus manifestaciones policiales de fojas sesenta y uno, y ciento sesenta y dos, en presencia del señor Fiscal Provincial, negó ser el autor de las lesiones graves causadas a la agraviada, aduciendo que éstas fueron ocasionadas por su ex pareja, a quien no pudo identificar con exactitud. En la etapa de instrucción, a fojas quinientos

ochenta y seis, reconoció parcialmente un episodio de agresión, empero, justificó su accionar en diversos motivos carentes de fundabilidad. Justamente negó las circunstancias que connotaban ese hecho como lesiones de tipo graves. En ambas etapas procesales, dicho procesado persistió en la negativa de asumir su responsabilidad, por lo tanto, la versión que esgrime no reúne las características de integridad, veracidad, persistencia, oportunidad y relevancia. Esta conducta procesal no se corresponde con un acto de arrepentimiento, menos aún, con la voluntad de hacerse responsable del delito y asumir plenamente las consecuencias jurídicas derivadas de ello. Asimismo, no se acogió a los alcances de la conclusión anticipada del juicio oral, en cuyo caso se habría logrado una rebaja de la pena. Al inicio del plenario, negó su responsabilidad respecto al delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar [fojas mil cuatrocientos setenta y seis].

DÉCIMO SEXTO: Por lo expuesto, consideramos que no está justificada la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, tal como la determinó la Sala Penal Superior. El artículo 46° del Código Penal establece; como aspecto básico, que la pena debe imponerse dentro de los límites fijados en la ley. El Principio de Legalidad, se forja como un baremo inexorable en la dosificación punitiva, en tanto que, si no consta una circunstancia de atenuación punitiva o exención incompleta alguna; no es posible imponer una sanción inferior. Si bien es cierto que en algunos casos puede rebajarse la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, también lo es que, para ello, el delito debe estar sancionado con una pena draconiana o desproporcionada, donde el legislador no respetó el Principio de Proporcionalidad Abstracta, al establecer la pena conminada; lo que no sucede en el caso de autos, por cuanto el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar, previsto en el artículo 121° - B del Código Penal, está sancionado con una pena que oscila entre cinco y diez años, la que consideramos proporcionada. En el presente caso, se aplicó una pena de naturaleza suspendida, sin existir atenuantes que lo autoricen e inobservando los presupuestos del artículo 57° del Código Penal. El criterio jurisdiccional de la Sala Penal Superior, al respecto, no es compartido por este Supremo Tribunal, por cuanto distorsiona los efectos compensatorios de las atenuantes y agravantes concurrentes en el caso, otorgándole, inexplicablemente, mayor valor a las atenuantes, en desmedro de la contundencia de las agravantes. La sanción debió revestir una dosis más severa, siempre superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

DÉCIMO SÉTIMO: La pena concreta tuvo que determinarse entre cinco y diez años [artículos 121°, numeral 2) y 121°— B del Código Penal]. A los

efectos de su graduación, sólo se tiene como límite el Principio de Congruencia, es decir, el Juez no puede imponer una pena mayor que la solicitada por el Fiscal; de hacerlo, vulneraría, adicionalmente, el Principio Acusatorio, y estaríamos frente a una resolución de naturaleza *ultra* petita, afectando el debido proceso a que tiene derecho el acusado. Siendo ello así, la Fiscalía Superior en lo Penal, en el dictamen acusatorio de fojas mil doscientos noventa y cuatro, solicitó la imposición de siete años de pena privativa de libertad, por lo que no puede aplicarse una sanción superior a la peticionada por el Fiscal. La privación de la libertad de una persona, si bien constituye la consecuencia jurídica más importante del delito, posee limitaciones en un Estado Constitucional de Derecho.

DÉCIMO OCTAVO: Ahora bien, en la determinación judicial de la pena convergen, básicamente, tres tipos de intereses: **i)** Dignidad personal, ii) Entidad del injusto cometido, y iii) Grado de responsabilidad atribuible dl autor. Estos factores son inescindibles en el juicio punitivo y su combinación adecuada arrojará una pena razonable y proporcional. En esa perspectiva, corresponde asumir, en esta clase de delitos, un **CRITERIO AXIOLÓGICO** referente a la naturaleza y gravedad del injusto, esto es, lesiones acaecidas en el contexto familiar, que constituye un factor de agravación especial acorde con la sensibilidad social del hecho punible, y en ningún caso, supone un tratamiento diferenciado respecto a otros delitos igualmente gravosos. Estamos frente a un ilícito que contiene un reproche jurídico absoluto, cuya lógica de ejecución es la reiteración y progresividad de las agresiones físicas y psicológicas, que genera consecuencias devastadoras en la apreciación personal y social de las víctimas de violencia de género; llevándolas, en los casos más extremos, a la muerte. Los vejámenes no se restringen al daño corporal. Abarcan lo referente a la esfera subjetiva, afectándolas severamente en el desarrollo de la personalidad. Es consabido que, en la actualidad, la violencia contra la mujer se ha posicionado como uno de los hechos más execrables desde todo punto de vista social, siendo necesario adoptar medidas sistémicas para neutralizar, en mayor medida, los episodios de violencia. La propensión del daño a la integridad personal por el incremento inusitado de actos de violencia irracional son factores emergentes. Se trata de un fenómeno delictivo transversal a todos los ámbitos de la colectividad. Requiere de un control y respuesta estatal oportuna para contrarrestar sus efectos. Es Una exigencia internacional contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer [10].

De ahí que, respetando el marco de la legalidad, el impacto de las sanciones debe ser lo más intenso posible con la finalidad de disuadir eficazmente esta tipología de delitos, o en su caso, inhibir considerablemente su futura comisión. Se trata de un criterio que debe orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional,

Indistintamente a la jerarquía judicial, y constituye una política institucional: En tal virtud, por razones de prevención general y especial, se refleja que .lb pena impuesta al acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN por la Sala Penal Superior es sumamente benigna. Requiere de una sanción mayor para internalizar correctamente el mandato prohibitivo de la norma infraccionada. Por lo tanto, con arreglo a la facultad conferida por el artículo 300°, numeral 3), del Código de Procedimientos Penales, es jurídicamente posible su elevación racional a **SIETE AÑOS** de pena privativa de la libertad. Esta sanción es congruente con la pretensión penal del Ministerio Público, por lo que el recurso de nulidad del señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR debe ser estimado plenamente en este extremo.

C. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL:

DÉCIMO NOVENO: Corresponde ahora analizar el recurso de nulidad de la PARTE CIVIL, respecto al monto de la reparación civil fijada en la sentencia. /Dicha parte, en la oportunidad procesal prevista en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, formuló una pretensión indemnizatoria alternativa a la requerida en la acusación fiscal, habiendo solicitado la imposición de un monto superior. Así consta del escrito de fojas mil trescientos treinta y seis, en el cual se individualizaron los daños materiales e inmateriales causados a la agraviada de Lizeth Rosario Socia Guillén, a consecuencia del delito. La documentación incorporada no fue objeto de tacha ni impugnación alguna de parte del sentenciado RONY LUÍS GARCíAN GUZMÁN.

VIGÉSIMO: La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó en la víctima. Así, la estimación de su cuantía debe ser razonablemente proporcional al daño causado, estableciendo el artículo 93° del Código Penal, que la misma comprende: **a)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y b) la indemnización de los daños y perjuicios.

VIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, es preciso traer a colación las disposiciones doctrinales establecidas en el Acuerdo Plenario número 06 - 2006/ CJ - 116, de fecha trece de octubre de dos mil seis, que al respecto, señala: "(...)

el fundamento de la *responsabilidad civil,* que *origina* la obligación de reparar, *es* la existencia de *un* daño *civil* causado por *un ilícito* penal, el que *obviamente no puede identificarse* con "ofensa penal" - *lesión* o puesta *en peligro de un bien jurídico* protegido - cuya *base se encuentra en la culpabilidad del* agente (...)" [FJ sétimo]. Acorde con ello, queda claro que el delito, en cuanto hecho lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil [Hl. Toda acción criminal apareja no sólo la imposición de una sanción punitiva, sino, además, da lugar a una restitución y/o indemnización. No es posible tomar en cuenta las posibilidades económicas del procesado, sino, únicamente, la afectación sufrida por la víctima en atención a las lesiones inferidas.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El artículo 93° del Código Penal debe concordarse con el artículo 1985° del Código Civil que señala "La *indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión* generadora *del* daño, incluyendo *el* lucro cesante, *el* daño a *la* persona y el daño moral, debiendo *existir* una relación de causalidad adecuada entre *el hecho y el* daño producido. *El monto de la indemnización* devenga *intereses legales desde la fecha en que se* produjo el daño". En el caso de autos, el daño a la persona comprende el daño emergente, el daño corporal y el daño psicológico.

VIGÉSIMO TERCERO: DAÑO EMERGENTE. - El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial, erigiéndose, en tal sentido, como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extra contractual. La cuantificación del daño *emergente* no debe perder de vista, en principio, los efectos materiales del delito. Y asimismo, las secuelas en la personalidad de la víctima.

El **DAÑO CORPORAL,** en atención a la prueba científica, está cabalmente probado, y su extrema gravedad se coteja de los informes médicos. Así se evalúa: i] El Certificado Médico Legal número 019859 - VFL, de fojas ciento, de fecha 05 de junio de 2012, que concluye: *"tumefacción en región* occipital y región parietal izquierda en cuero cabelludo, tumefacción y herida contusa de *1,5 cms suturada en región* ciliar derecha, *tumefacción* y herida contusa de 2 cm s suturada *en región ciliar* izquierda *que dibuja* arcada dental *humana de* 4x3 cms *en región frontal izquierda, en su* arcada *inferior, tumefacción* en párpados *superiores bilaterales,* tumefacción *y equimosis* violácea de" *3x2 cms en región infraorbitaria derecha, tumefacción y equimosis* violácea de *3x1 cms en* mucoso *labial superior* derecha, excoriación de *0,7 cms en* cara lateral derecha de *cuello, tumefacción* en región escapular izquierda, tumefacción y equimosis violácea

de 4x3 cms *en* tercio medio *cara posterior* de antebrazo derecho, *que* dibuja arcada dental humana"; ocasionadas por "agente contundente duro, mordedura humana y fricción"; El Certificado Médico Legal número 020149 - PF - AR, --- .de fojas ciento seis, de fecha 08 de junio de 2012, diagnostica: *"fractura* de yesos nasales *y tabique nasal (...) órbitas* y arcos cigomáticos (...) herida contuso *cortante en* región *supraciliar* derecha *e izquierda (...)"*, prescribiendo cinco días de atención facultativa y veinte días de incapacidad médico legal; iii] El Certificado Médico Legal número 001016 - VFL, de fojas ciento cuarenta y nueve, de fecha 15 de junio de 2012, determina: *"cicatriz hipercrómica* de *1,5 cms* de trazo horizontal en dorso *nasal, cicatriz hipercrómica* elevada de trazo oblicuo de 2,9 *cms en región* supraciliar externa derecha", decretando que *"las lesiones descritas constituyen huella indeleble";* **iy]** El Certificado Médico Legal número 029398 - L, de fojas seiscientos veintinueve, de fecha 03 de setiembre de 2012, establece: "**a)** *Evaluación* del rostro *en* reposo: Cicatriz hipercrómica (rosada) de bordes *irregulares, ligeramente sobre* elevada, de 1,5 x *2 cms,* sentido transversal, ubicada en dorso nasal, tercio medio, con *abultamien'to* subyacente de 1,5 x 1,2 cms; *cicatriz* hipercrómica (rosada), *sobre* elevada dé bordes *irregulares* de 2,9 x *0,25 cms, sentido* oblicuo *superior interno,* ubicada en *región frontal supraciliar derecha tercio externo; cicatriz hipercrómica* (marrón, claro), sobre elevada de bordes *irregulares* de 2 x *0,1* cms, *sentido* oblicuo *superior interno, en región ciliar* derecha *tercio* medio; *cicatriz hipercrómica,* aplanada, de *bordes regulares de 0,8 x 0,1 cms, sentido oblicuo superior* externo, ubicada en *región ciliar izquierda* tercio medio; abultamiento (...) de *piel* y tijedo *subcutáneo* de 3,7 x 2,5 *cms* de bordes poco *definidos,* de diámetro *mayor transversal,* ubicada *en región* frontal *supraciliar izquierda* tercio medio e *interno;* ***b)*** *Evaluación* dinámica del rostro: *Asimetría* y pérdida en la mímica *y gesticulación al arrugar la frente y fruncir el* señor"; acotando que las alteraciones descritas son permanentes y visibles a distancia personal, entre sesenta y ciento veinte centímetros, y generan asimetría, pérdida de la armonía y alteración de la mímica facial; y] El Certificado Médico Legal número 028336 - PF - AR, de fojas mil doscientos veinticuatro, de fecha 04 de setiembre de 2014, precisa: "deformación de rostro, fractura desplazada de huesos propios de *nariz* y desvío de *tabique nasal,* produciendo *obstrucción nasal,* voz nasal, y dificultad respiratoria", recomendando que la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén sea intervenida quirúrgicamente (septorrinoplastía).

• Respecto al **DAÑO PSICOLÓGICO;** éste se acredita, razonablemente, con el mérito del Protocolo de Pericia Psicológica número 020032 - 2012 - PSC, e fojas ciento cincuenta y tres, de fecha 09 de junio de 2012. La víctima p ecisó

que el acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN la insultaba diariamente y la agredía físicamente, al menos, una vez a la semana. La repercusión emocional de estos actos generó sentimientos de intranquilidad e inseguridad, sensaciones de amenaza, auto percepción de vulnerabilidad y marcado temor al agresor. Desde el punto de vista clínico, se refleja una alta intensidad, la cual es coherente con la severidad del suceso de violencia. La víctima Lizeth Rosario Socia Guillén, en conclusión, presentó indicadores psicológicos compatibles con el cuadro de violencia familiar descritos, requiriendo terapia psicológica.

VIGÉSIMO CUARTO: La contundencia de las lesiones anatómicas y el daño subjetivo expresa la necesidad de un tratamiento médico eficaz para aminorar sus efectos. La PARTE CIVIL ha incorporado diversa documentación para acreditar los gastos médicos. Así: ij A fojas mil trescientos cuarenta y ocho, se inserta el presupuesto de una intervención quirúrgica de septorrinosplastía, que incluye el retoque de cicatrices, ascendente a siete mil dólares americanos; y, ii] A fojas mil trescientos cuarenta y dos, se adjunta los costos de psicoterapia individual, grupal (y psicológica, correspondiente al tratamiento por veintidós meses, por la suma de veintiocho mil seiscientos nuevos soles. Ambos documentos fueron propuestos al debate judicial, sometidos a contradicción de las partes procesales, por ende, no puede desconocerse su valor probatorio. La estimación del daño emergente abarca el perjuicio económico generado en el tratamiento del daño corporal y psicológico. Estando a dichas pruebas instrumentales y haciendo un cálculo proporcional, este Supremo Tribunal decide otorgar, por equidad, la suma de **CUARENTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de daño a la persona.

VIGÉSIMO QUINTO: LUCRO CESANTE.- La medición del *lucro* cesante surge a partir de ciertos indicadores objetivos, entre ellos, la ocupación laboral o vocación estudiantil, que permitan fijar una suma proporcional con la pérdida de ingresos económicos futuros. Se refiere, concretamente, a la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, en caso que el delito no se hubiera perpetrado. Al respecto, está probado que la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén, a la fecha de los hechos, se desempeñaba como animadora de eventos sociales y ejercía actividades como cantante en una agrupación musical. Así lo demuestra el Contrato de Trabajo de fojas mil trescientos cuarenta y cuatro, de fecha 09 de agosto de 2011. La remuneración mensual se pactó en tres mil quinientos nuevos soles, conforme a la Carta de Presentación de fojas mil trescientos cuarenta y siete. En razón de ello, este Tribunal Supremo considera que la víctima debió percibir dichos ingresos de manera continua, durante la vigencia de la relación contractual. No se tiene

información exacta sobre el momento en que reanudó sus actividades laborales, luego de culminado su tratamiento médico. Consiguientemente, asumiendo un criterio racional y equitativo, corresponde fijar proporcionalmente la suma de **TREINTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de lucro 'cesante, esto es, por los ingresos dejados de percibir a consecuencia del delito. No es posible asignar un monto superior, en tanto, no está acreditado el desempeñado de algún otro oficio paralelo a la actividad acotada.

VIGÉSIMO SEXTO: DAÑO MORAL.- El daño moral, cuya incidencia no repercute en el patrimonio, entraña una perturbación a las condiciones anímicas; canalizadas mediante sentimientos de angustia, tristeza y desánimo, entre / otros, siendo una característica común el padecimiento emocional o psicológico del afectado por el delito, sea el agraviado directamente con la acción delictiva, o en su caso, los familiares con una íntima vinculación afectiva. El artículo 1984° del Código Civil señala: *"El* daño moral *es* indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a *su* familia". Aún cuando no existan parámetros para cuantificar los perjuicios morales, conforme a la doctrina [12], conviene destacar los siguientes criterios y pautas para evaluar el daño moral: **i)** La gravedad del daño, que es más grave, mientras más intensa sea la intervención del responsable en el hecho; ii) La intensidad del padecimiento anímico, debiéndose valorar la duración del dolor que está en función a la edad y sexo del afectado; iii) La sensibilidad de la persona perjudicada; iv) El vínculo de parentesco o convivencia. En base a lo expuesto, el perjuicio moral está suficientemente probado y deviene de la naturaleza aflictiva del delito y las consecuencias que acarrea [deformación grave y permanente del rostro, no rectificables naturalmente], generando en la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén una percepción de minusvalía e inferioridad, así como un intenso sufrimiento. Son datos de la realidad, extraídos de la experiencia común y están avalados por las conclusiones del Protocolo de Pericia Psicológica número 020032 - 2012 - PSC, de fojas ciento cincuenta y. tres. El hecho delictivo en su perjuicio le ocasionó intranquilidad e inseguridad, sensaciones de amenaza, auto percepción de vulnerabilidad y temor al agresor; todo ello relacionado con el contexto de violencia familiar escrito, requiriendo terapia psicológica. El padecimiento por la agresión física afectó severamente la psiquis de la víctima, percibiéndola como estigmatizada a nivel social. Los hechos tuvieron lugar en el contexto de una relación de convivencia. Es preciso reconocer que toda agresión física y psicológica contra la mujer es un acto especialmente grave y reprobable [13]. Generalmente, estos hechos son cometidos aprovechando su estado' de vulnerabilidad y abusando de la posición del poder que despliega el agresor. El artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estipula que

"Toda persona *tiene* derecho a *que se* respete *su jntegridad física,* psíquica y moral". En concordancia con ello, el **CRITERIO AXIOLÓGICO** asumido por este Sala Penal Suprema para la determinación de la pena, debe ser también aplicado para la cuantificación de reparación civil. Constituye un criterio generalizado para la aplicación de las consecuencias jurídicas. Y es que, según se indició anteriormente, tiene como finalidad generar un efecto inhibitorio de la violencia de género y, además, se impulsa en una perspectiva de justicia por la sensibilidad social del hecho punible y de reivindicación por los daños ocasionados. Si bien el daño moral es incuantificable, su estimación está sujeta a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, dado su carácter ideal y subjetivo, tomando en cuenta los factores expuestos. Por lo tanto, - asumiendo una función tuitiva, debe fijarse equitativamente la suma de **TREINTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de daño moral.

VIGÉSIMO SÉTIMO. En consecuencia, la sumatoria de los montos fijados por daño personal, lucro cesante y daño moral, arroja como resultado la suma de **CIEN MIL NUEVOS SOLES.** Este monto debe ser abonado por el sentenciado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN. Se Corresponde con el principio del Daño causado.

2. LA ACCIÓN PENAL

169

§169. Improcedencia de acción. Delito de enriquecimiento ilícito

Casación	277-2018-VENTANILLA
Fecha	21 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 401 del CP

RESUMEN:

Las excepciones son medios de defensa técnica enfocados, de un lado, al examen de la presencia de los presupuestos procesales y requisitos de la acción penal o de la existencia de algún óbice procesal –es decir, obstáculos a la válida prosecución del proceso–; y, de otro lado, a discutir cuestiones de Derecho sustantivo cuya aceptación conduce al archivo de la causa definitivamente. La excepción de improcedencia de acción se centra en el carácter propiamente penal del objeto procesal –se discute una cuestión de derecho penal material desde la pretensión del Ministerio Público–. Siendo así, la pretensión penal debe circunscribirse a narrar un hecho o una conducta tanto constitutiva de un injusto penal, cuanto, desde la categoría punibilidad –si la ley lo establece–, a sostener el cumplimiento de una determinada condición objetiva de punibilidad y/o la inconcurrencia de una excusa absolutoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Que las excepciones son medios de defensa técnica enfocados, de un lado, al examen de la presencia de los presupuestos procesales y requisitos de la acción penal o de la existencia de algún óbice procesal –es decir, obstáculos a la válida incoación y prosecución del proceso– (excepción procesal); y, de otro lado, a discutir cuestiones de Derecho sustantivo cuya aceptación conduce al archivo de la causa definitivamente (excepción material).

∞ La excepción de improcedencia de acción se circunscribe, conforme está previsto en el artículo 6, apartado 1, liberal b), del Código Procesal Penal, a determinar si "...el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente".

∞ Esta excepción se centra en el carácter propiamente penal del objeto procesal –se discute una cuestión de derecho penal material desde la pretensión del Ministerio Público–. Siendo así, la pretensión penal, desde la causa de pedir, debe circunscribirse a narrar un hecho o una conducta tanto constitutiva de un injusto penal (conducta típica y antijurídica), cuanto, desde la categoría punibilidad –si la ley lo establece–, a sostener el incumplimiento de una determinada condición objetiva de punibilidad o la concurrencia de una excusa absolutoria.

∞ Para estos efectos debe analizarse, en sus propios términos, los hechos o conductas descriptas en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o, en su caso, en la acusación fiscal escrita. Como se trata de un juicio de subsunción normativa jurídico penal, el examen se limita a lo glosado por el Ministerio Público y, sobre esta descripción, decidir si "...el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente".

SEGUNDO. Que, en el presente caso, el delito acusado es el de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado por el artículo 401 del Código Penal, según la Ley 30111, de veintiséis de noviembre de dos mil trece. Lo esencial del tipo delictivo en cuestión se encuentra en el primer párrafo de dicho precepto legal, que estatuye: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos,...".

∞ El delito de enriquecimiento ilícito, como se sabe, tiene como bien jurídico tutelado, desde una perspectiva genérica, el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública; y, desde una perspectiva específica, el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos que se deben a la nación [SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima, 2016, p. 715].

∞ Lo expuesto significa, entonces, que lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcionarial.

∞ Se trata, desde una perspectiva formal –del mero círculo de autores estipulados en el tipo penal, de su condicionamiento formal–, de un delito especial propio; y, desde una perspectiva de imputación material, de un delito de infracción de deber –determina un obligado institucional y se sustenta en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor: la Administración Pública al funcionario o servidor público– [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal – Parte General, Editorial Grijley, Segunda Edición, Lima, 2012, p. 392]. La asunción de un cargo público, decía SOLER, comporta un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial [tomado de: MONTOYA VIVANCO, YVÁN: Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el derecho de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En: AA.VV.: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, IDEHPUCP, Lima 2012, p. 65].

∞ En esta perspectiva no puede dejar de resaltarse que el delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal que busca evitar espacios de punibilidad, tanto frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado, es decir, no sea posible la persecución penal, como en los casos en que el enriquecimiento provenga de conductas que impliquen infracción grave de deberes funcionales [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Segunda Edición, Lima, 2003, p. 553].

∞ En cuanto a la imputación objetiva, el referido delito de enriquecimiento ilícito –que se concreta en la infracción de roles especiales propios de un funcionario o servidor público, en este caso de un alcalde–, el primer elemento es el abuso del cargo por el agente público, esto es, se trata de aquella situación en que éste hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración –Municipal, en este caso–, no al abuso de atribuciones o funciones [SALINAS SICCHA, RAMIRO: Obra citada, p. 709].

∞ El segundo elemento –el denominado 'riesgo prohibido'– estriba en (i) el incremento en el patrimonio –que los tratados internaciones proponen debe ser "significativo": artículo IX de la Convención Interamericana contra la corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción– o en los gastos del sujeto activo y que no guarda proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita –lo que abarca todos los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos–. (ii) El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de estar constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario –el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento–. Desde el resultado típico, entonces, se requiere (iii) el incremento del patrimonio del agente oficial como consecuencia del abuso del cargo oficial que ostenta. Se sanciona, pues, el hecho de enriquecerse a costas del poder público. De ello se desprende que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de posesión; es decir, el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo – agente oficial– posee bienes obtenidos de fuente ilícita, por lo que no se está sancionando un acto puntual sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: Manual sobre delitos contra la Administración Pública, IDEHPUCP – Open Society Foundations, Lima, 2016, p. 123].

∞ Cabe enfatizar, primero, que la ratio legis del aludido tipo penal en su construcción histórica siempre fue la misma, sea cuando con anterioridad se hizo referencia a las expresiones "por razón del cargo" o "durante el ejercicio de sus funciones" –hasta antes de la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once–, o cuando, como ahora se indica, "abusando de su cargo": prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo porten desde cualquier posición administrativa. Segundo, que lo relevante no es el título administrativo específico del agente oficial, sino que éste se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con la posición idónea dentro de la Administración para lograrlo. Tercero, que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa, antes que causal desde una perspectiva naturalista; luego, ésta no versa sobre el efectivo dominio de bienes o dinero que el agente oficial pueda tener en sus manos y de los cuales pueda lucrar (disposición material sobre bienes), sino con conductas de abuso de poder público, de gestión o institucional que la Administración le otorga de forma directa o indirecta [GUIMARAY, ERICK: Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/

uploads/2012/07/alerta anticorrupción.pdf: tomado, el once de marzo de dos mil diecinueve, a las ocho horas con veintisiete minutos].

∞ El último párrafo del artículo 401 del Código Penal, según la Ley vigente al momento de los hechos, Ley 30111, incorpora lo que en doctrina se conoce como una presunción legal relativa, al estipular lo siguiente: "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra casusa lícita".

∞ El párrafo antes citado tiene una estructura integrada por tres elementos básicos:

1. El hecho base o indicio (incremento patrimonial o gasto económico notoriamente superior a sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por causa lícita), 2. El hecho presumido (existe indicio de enriquecimiento ilícito), y 3. El nexo o relación existente entre ellos (cargo público, incremento patrimonial e incongruencia respecto de sus ingresos lícitos declarados). La acusación debe probar el hecho base, y el hecho presumido es derrotable, es decir, puede probarse que aunque se dé el antecedente o hecho base, no se produce en el caso concreto el consecuente (enriquecimiento ilícito). Estas presunciones en Derecho Penal no afectan la garantía de presunción de inocencia, siempre que, como destacó el Tribunal Europeo de Derechos en las Sentencias Salabiaku, Radio France y Klouvi, todas contra Francia (de siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, treinta de marzo de dos mil cuatro y treinta de junio de dos mil once), se apliquen dentro de unos límites razonables, (i) que atiendan a la gravedad de la pena y a los intereses generales afectados por el delito, (ii) que no limiten el derecho de defensa y (iii) que mantengan la carga de la prueba en la acusación [FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES: Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito. En: AA.VV. Asencio Mellado, José María (Director), Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 288, 289 y 295].

TERCERO. Que, ahora bien, en el presente caso, el Ministerio Público atribuyó al encausado Marcos Arteaga que en el ejercicio de su función como alcalde distrital de Ventanilla se enriqueció ilícitamente, de suerte que el desbalance detectado, según el correspondiente Informe Financiero, asciende a la suma de cuatrocientos sesenta mil doscientos siete soles con doce céntimos. Siendo así, el efectivo incremento patrimonial y la ilicitud de fuentes –actos no ajustados a derecho– que lo determinaron es lo que corresponde dilucidar en el juicio oral, así como –en su consecuencia– el abuso de poder derivado del cargo de alcalde de Ventanilla (desvalor de acción).

CUARTO. Que, por consiguiente, (i) el tiempo de ejercicio efectivo de la alcaldía por parte del encausado Marcos Arteaga, (ii) la simultaneidad del cargo con el enriquecimiento que se le acusa, y (iii) la atribuida ilicitud de las fuentes de enriquecimiento coetáneo –resaltadas por la acusación y siempre sujeta a la respectiva actividad probatoria, de verificación o descarte, en el juicio oral–, permitirían deducir razonablemente –en clave de máximas de experiencia– que el acrecentamiento patrimonial se derivaría del abuso de poder en el ejercicio del cargo de alcalde de Ventanilla. Es de recordar que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa –antes que causal–, de suerte que este elemento típico hace mención a conductas de abuso de poder público, de gestión o institucional que la Administración otorga al agente oficial de forma directa o indirecta.

QUINTO. Que, en suma, no es razonable exigir, menos aún a partir de una excepción de improcedencia de acción, (i) precisión o detalle específico acerca de los supuestos actos de abuso de poder –dado incluso la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, de su función político criminal (evitar lagunas de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado)–, y, desde este dato –que refleja una concepción causal naturalista del abuso del cargo–, (ii) concluir que su omisión hace atípicos los cargos. Tampoco es de recibo afirmar, asumiendo esta concepción, que se está ante una acusación que no responde a la exigencia de claridad y precisión establecida por el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal. Este defecto formal, por lo demás, es materia del correspondiente examen en la etapa intermedia del proceso y tiene el efecto procesal de mera subsanación con arreglo al artículo 352, numeral 2, del citado Código.

SEXTO. Que los motivos de casación, por consiguiente, deben estimarse y así se declara. No corresponde al planteamiento de la excepción de improcedencia de acción dilucidar los actos de abuso de poder determinantes del enriquecimiento

ilícito acusado. No es de recibo una interpretación, como la fijada en el auto de vista, de los alcances del tipo penal de enriquecimiento ilícito. La motivación no corresponde a las bases jurídicas de las instituciones de la excepción y del tipo penal antes citado, por lo que no es razonable con las exigencias que la determinan.

3. DE LA JURISICCIÓN Y COMPETENCIA

170

§170. Delimitación material del delito de función y dela jurisdicción militar

Competencia	18-2004
Fecha	17 de noviembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente. Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Palacios Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° de la Constitución Política del Perú, y la Ley N°24150.

RESUMEN:

a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo

de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal.

FUNDAMENTOS:

TERCERO.- Que el presente caso debe analizarse teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas, en especial, en los Asuntos Castillo Petruzzi y otros -del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve-, Cesti Hurtado -del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve- y Durand y Ugarte -del dieciséis de agosto de dos mil-, en tanto se trata de decisiones que han definido desde la Constitución Nacional y la Convención Americanas de Derechos Humanos respectivamente, el ámbito competencial objetivo-material de la jurisdicción militar, y cuyos términos deben observarse por la justicia penal ordinaria en aras del cumplido respeto a la función que cumplen dichos órganos jurisdiccionales de supremos intérpretes de la Constitución y-de la Convención antes indicada.

CUARTO.- Que el artículo diez de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, en cuanto estipulaba que los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales -hoy, Policía Nacional del Perú- que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetos al Código de Justicia Militar, ha sido declarado inconstitucional por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional [ver; párrafos ciento treinta y seis a ciento treinta y nueve, y punto uno, literal e) de la parte resolutiva]; que la segunda parte de la mencionada disposición, en cuanto prescribe que: *"Las infracciones tipificadas en* el *Código de Justicia Militar que [se] cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio",* ha pasado la prueba de constitucionalidad, aunque con la precisión que corresponde al Código de Justicia Militar tipificar las conductas antijurídicas que afectan bienes jurídicos castrenses o policiales [ver párrafo ciento treinta y nueve]; que, en tal virtud, a los efectos de delimitar en el caso concreto el ámbito de la justicia militar no es constitucional utilizar independiente o aisladamente mente los tradicionales criterios de *ratione personae* y de *ratione loci,* en tanto que la jurisdicción castrense sólo tendría cabida en la medida que se configure como un fuero de real o de causa, esto es, (a) en función a la naturaleza del hecho delictivo imputado, y (b) siempre que se encuentre previsto y sancionado expresa e

inequívocamente en el Código de Justicia Militar; además, la sentencia del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina procesalista más autorizada, tiene expuesto que tampoco es criterio válido para definir la competencia judicial militar la sola referencia al sujeto pasivo o, con más precisión, por el hecho que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución militar o policial [ver párrafo ciento treinta]; que, por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmó esa doctrina al señalar que "...*esta jurisdicción funcional* [la jurisdicción militar) *reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*' [Asunto Castillo Petruzzi y otros, párrafo ciento veintiocho], y que *"En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas armadas..."* [Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento diecisiete]; que a este respecto es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada "garantía criminal" -consagrada en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho -en tanto que el llamado Derecho Penal Militar no es un Derecho autónomo y sólo constituye un ámbito especializado del Derecho Penal-, y de las denominadas "reglas de la parte general del Derecho Penal", esto es, en lo pertinente, el Libro Primero del Código Penal, nunca los Libros Segundo y Tercero de dicho Código.

QUINTO.- Que el artículo ciento setenta y tres de la Constitución, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante; que la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, interpretando esa noción y definiendo sus alcances, realza las tres notas características de la institución en lo atinente a los *elementos objetivos del tipo penal militar.* a) que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional -se trata de su "objeto material"-; b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad -es lo que se denomina "circulo de autores"-; y, c) que, como "circunstancias externas del hecho", que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, ésta se perpetre en acto del servicio, es decir, con ocasión de él [ver párrafo ciento treinta y cuatro].

SEXTO.- Que en atención a esas consideraciones superiores, desarrollando el concepto desde el Derecho penal, es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal [conforme: Meini Mendez, Iván: *Observaciones en torno a Parte General del Código de Justicia Militar,* Anuario de Derecho Penal dos mii uno - dos mil dos, Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo Zuiza, Lima, dos mil dos, páginas ciento noventa y nueve y doscientos].

SÉPTIMO.- Que, en el presente caso, según la imputación, se atentó contra lo integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables, esto es, mediando prevalimento del cargo público que ostentaban y aprovechándose indebidamente, en primer lugar, que la zona había sido declarada en Estado de Emergencia, y, en segundo lugar, que se había dispuesto una operación militar destinada al control de la actividad terrorista; que en su núcleo o esencia la conducta atribuida, que constituye el objeto del proceso penal, vulneró un bien jurídico individual: la integridad corporal e, incluso, la vida de una persona, no un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas; que se si analizan los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función es obvio que sólo se presenta el *segundo:* la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado, no así el *primero:* bien jurídico institucional, pues se afectó la integridad corporal y la vida de una persona; ni el *tercero:* las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar, pues los maltratos, las torturas

y el prender fuego a una persona revelan palmariamente un *animus vulnerandi,* e incluso, probablemente, *necandi,* y, como tal, no tiene que ver con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos; que, por lo demás, en cuanto a las circunstancias externas del hecho, nunca puede considerarse "acto de servicio" la comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal [conforme: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Durand y Ugarte párrafo ciento dieciocho].

OCTAVO.- Que, siendo así, los hechos íntegramente considerados son de competencia de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que es de aplicación lo establecido en el artículo veinte y ocho del Código de Procedimientos Penales.

NOVENO.- Que, en mérito a la especial importancia del tema decidido y al carácter general de la interpretación de las normas constitucionales y legales correspondientes en orden a la noción de delitos de función y al carácter de los fallos de Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, resulta conveniente instituir el carácter de precedente obligatorio a los fundamentos jurídicos tercero, quinto, sexto y último extremo del séptimo, conforme a lo autorizado por el numeral uno del artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuenta y nueve.

171

§171. Juez legal. Criterios para la fijación de competencia

Recurso de nulidad	2448-2005-LIMA
Fecha	12 de setiembre de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez
Derecho Procesal Penal	Criterios para la fijación de competencia

RESUMEN:

Los criterios para la excepción de declinatoria de competencia abarcan uno de naturaleza preferente, referido al lugar donde se cometió el hecho delictivo; y tres subsidiarios aplicables solo en defecto del primero: el lugar de las pruebas, el lugar de la detención y el lugar de domicilio del imputado. De ahí deriva que el "forum comissi delicti" es el preferente, motivo por lo que ***se considerará que el lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos****.*

FUNDAMENTOS:

"***SEXTO:*** Que, ahora bien, el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del ***juez legal*** –denominado por un sector de la doctrina "juez natural"-, bajo el enunciado *"ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ...".*

Que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo -desde luego- que

infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad.

SÉTIMO: Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción –o, mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley Procesal Penal- es la ***definición del órgano judicial en concreto*** –el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas- que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial –denominadas "fueros" en la doctrina procesalista-, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción.

Que a estos efectos el artículo diecinueve del ***Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros,*** denominados ***fuero preferente*** –en el caso del inciso uno *por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso-* ***y fueros subsidiarios*** –cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos al cuatro: *lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado-.*

Que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, "forum comissi delicti", es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás.

Que, desde el punto de vista material, para ***determinar el fuero preferente*** es de aplicación el artículo cinco del Código Penal, que ***instituye el principio de ubicuidad***: *"El lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos".*

Que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos- se produzca en un territorio determinado."

172

§172. Sobre la inhibición

Casación	599-2018-NACIONAL
Fecha	22 de agosto de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 53 del NCPP

RESUMEN:

El inciso tres, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, consagra la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, que garantizan a los justiciables el derecho a contar con un juez independiente e imparcial en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de hacer posible una transparente e igualitaria contienda procesal, descartando en el juzgador todo tipo de interés para la resolución del litigio, que no sea la estricta aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. El inciso uno, del artículo ocho de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, así como el inciso uno, del artículo catorce, del pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

El inciso tres, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, consagra la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional,

que garantizan a los justiciables el derecho a contar con un juez independiente e imparcial en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de hacer posible una transparente e igualitaria contienda procesal, descartando en el juzgador todo tipo de interés para la resolución del litigio, que no sea la estricta aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

En el artículo cincuenta y tres del NCPP, se establecen las causales por las cuales los jueces deben inhibirse, entre ellas, el literal e), invocado por el juez supremo, en la que procede cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivo graves, que afecten su imparcialidad.

El fundamento veinte de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 004-2006-PI/TC, señala que el principio de imparcialidad judicial posee tanto dimensiones subjetivas como objetivas.

CUARTO. La inhibición garantiza la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia del prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado–. Persigue alejar del proceso a un Juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla inmerso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el tema decidence– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

En esa perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en importante jurisprudencia que resulta pertinente traer a colación, desarrolló la teoría de las apariencias, indicando que si bien la imparcialidad personal de un Juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de carácter funcional y orgánico, y, en ese sentido, debe comprobarse si la actuación del Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia (Casos Piersack y De Cubber).

QUINTO. En el presente caso, las expresiones vertidas por el señor juez supremo Cesar San Martín Castro se dieron dentro de un contexto de fiscalización del Congreso de la República (comisión investigadora por el caso Madre Mía), donde no se advierte connotación despectiva, peyorativa ni agraviante dirigida a un particular o partido político, más allá de un rechazo sobre un comportamiento que considera a título personal como "persecución"; no obstante, es evidente que lo alegado por el señor magistrado podría generar algún tipo de suspicacias sobre la decisión que se adopte, y con ello se puede deslegitimar la decisión sobre el fondo de la pretensión.

En ese sentido, la posibilidad de afectarse la percepción de imparcialidad se encuentra latente; sumado a la connotación social del caso y la coyuntura actual que atraviesa el sistema de justicia, amerita que el fondo de la controversia se resuelva sin ningún cuestionamiento respecto a la independencia e imparcialidad de los jueces; en consecuencia, resulta pertinente su apartamiento del proceso.

SEXTO. Respecto al pedido del casacionista (partido político Fuerza Popular) sobre la inhibición, estando orientado el mismo al apartamiento del señor juez supremo Cesar San Martin Castro del conocimiento del presente proceso, debe estarse a lo expuesto en los considerandos precedentes.

3. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL

173

§173. Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos

Acuerdo Plenario	4-2012/CJ-116
Fecha	24 de enero del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arena, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Decreto Legislativo N° 1068
Fundamentos jurídicos vinculantes	10° al 16°

RESUMEN:

La designación de un solo procurador concentrará el ejercicio defensivo; además de ***evita la probabilidad de proliferación de audiencias de constitución de actor civil en las diversas Cortes Superiores****, en las que se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal.*

Cuando el proceso penal esté referido a la presunta comisión de delitos contra la administración pública, y la notitia criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus atribuciones, ***corresponde que el Procurador Público de esa entidad se constituya como actor civil.***

Hay que precisar que la constitución como actor civil no se encuentra referida únicamente a la pretensión civil, dado que el así constituido en responsable, representación de los intereses del Estado, también debe colaborar en el esclarecimiento de los hechos sometidos a proceso, y aportar elementos que permitan demostrar la comisión delictiva y la magnitud del daño causado.

DOCTRINA LEGAL:

10°. Han surgido controversias sobre competencia en supuestos de concurrencia, en la misma causa de diversos procuradores públicos en razón a su especialidad, por lo que se requiere determinar la pertinencia de su apersonamiento y actuación en proceso; para ello, se ha de acudir a los criterios establecidos en el ordenamiento legal vigente.

§ 2. Precisiones sobre participación intra-proceso

11°. Los procuradores públicos pertenecen funcionalmente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; por tanto, son parte del Poder Ejecutivo; su organización se rige por el Decreto Legislativo N° 1068 y la Directiva N° 002-2011-JUS/CDJE, que establecen los lineamientos para determinar sus competencias en los procesos y procedimientos, gozando de plena autonomía para la determinación de su funcionamiento, conforme con la norma principal y la complementaria. Por ello, el Consejo de Defensa Judicial del Estado se encarga de dirigir y supervisar el sistema de defensa jurídica del Estado.

Es, por tanto, una materia reglada por el Poder Ejecutivo, en relación con la intervención de sus procuradores públicos, para la defensa de sus intereses.

12°. En caso de duda o superposición funcional, será la Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, conforme con las atribuciones y obligaciones, establecidas en el literal h), del artículo 8, del Decreto Legislativo N° 1068, quien resolverá los problemas de competencia que puedan presentarse entre los procuradores públicos; tanto en su aspecto positivo como negativo, estableciendo el modo y la forma de apersonamiento en el proceso penal. Corresponde también a dicho órgano rector precisar si la defensa del Estado será

única o colegiada; la ley ha previsto la intervención del Procurador Público Especializado en Tráfico Ilícito de Drogas, Procurador Público Especializado en Delitos de Terrorismo, Procurador Público Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio, Procurador Público Especializado en asuntos de Orden Público, Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, y los que mediante Resolución Suprema se designe, en las causas por delitos de tal connotación.

13º. No cabe admitir, en el supuesto relativo a un solo agraviado (V. G. una municipalidad), la intervención simultánea y múltiple de procuradores, salvo en caso de perpetración de distintos delitos, cuya persecución integra a diversos procuradores, aunque cabe la coordinación entre estos. Fuera de ese marco, se generan efectos en materia de ofrecimiento y actuación probatoria, alegaciones y recursos; el principio de igualdad de armas corre riesgo de ser afectado.

14º. La designación de un solo procurador concentrará el ejercicio defensivo y, al mismo tiempo, evitará la probabilidad de proliferación de audiencias de constitución de actor civil en las diversas Cortes Superiores, en las que se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal, lo que repercutirá a su vez a favor de la programación de audiencias de otro tipo.

15º. Cuando el proceso penal esté referido a la presunta comisión de delitos contra la administración pública, y la notitia criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus atribuciones, corresponde que el Procurador Público de esa entidad se constituya como actor civil; conforme se establece en el segundo párrafo del artículo 46 del Decreto Supremo Nº 017-2008-JUS, concordado con lo dispuesto en el numeral 6.4, inciso a), de la Directiva Nº 002-2011-JUS/CDJE, de 12 de julio de 2011, emitida por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

16º. Desde luego, la constitución como actor civil no se encuentra referida únicamente a la pretensión civil, dado que el así constituido en responsable, representación de los intereses del Estado, también debe colaborar en el esclarecimiento de los hechos sometidos a proceso, y aportar elementos que permitan demostrar la comisión delictiva y la magnitud del daño causado, por lo que se requiere que el Procurador

Público participe activamente durante el desarrollo de las etapas del proceso penal y haga valer, responsablemente, el derecho de impugnar, para no saturar innecesariamente a los órganos judiciales y no judiciales del sistema penal.

174

§174. Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma

Acuerdo Plenario	5-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 11°.1, 12°.3, 98°, 100° y 102° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 19°

RESUMEN:

*El ejercicio de la acción civil derivada del hecho delictivo corresponde al Ministerio Público, **mas su legitimación cesará en tanto el actor civil se constituya como tal en el proceso**. El Juez Penal puede pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio, de la reparación civil a pesar de su naturaleza, en aplicación del principio de economía procesal. La acumulación de la acción civil al proceso penal responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones,*

*El actor civil será **quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito**. Por tanto, es titular frente al responsable civil de un derecho de crédito. Para su constitución –que debe realizarse antes de que culmine la investigación preparatoria, pero no antes de que se formalice la investigación-, tiene que individualizar el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. El juez resolver en un plazo de tres días sobre la solicitud de constitución de actor civil, previa audiencia que contará*

con la intervención obligatoria del fiscal y con la participación facultativa de las otras partes procesales, respetando los principios de oralidad, publicidad y contradicción.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

6°. El actor civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

7°. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11°, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal.

8º. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I- regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II-, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria- corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público-, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10º. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER

expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso.* 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110). En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

Actor civil. Requisitos para su constitución:

11°. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem,* p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal,* 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12°. El artículo 98° del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Título IV "La Víctima", Capítulo II "El Actor Civil" del Libro Primero "Disposiciones Generales". Prescribe la citada norma que: *"La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito".*

13º. El citado artículo 98º del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "actor civil".

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

14º. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100º del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1) La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

2) Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; **b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; **c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y **d)** La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98º.

15º. Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la

práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución:

16°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101° del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17°. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

18°. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102° del Código Procesal dispone lo siguiente: *"**1.** El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. **2.** Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°"*. Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102° del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de

resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19°. La lectura asistemática del artículo 102°, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: "*...de ser el caso*", resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan."

175

§175. Legitimidad procesal de la persona natural imputada en un proceso penal con independencia de la incorporación dela persona jurídica que representa

Casación	134-2015-UCAYALI
Fecha	17 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Antonio Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 27° del CP y el Art. 6° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	13°, 20°, 27°, 33°.

RESUMEN:

La responsabilidad que afronte la persona natural, socio o representante de la persona jurídica, no depende de la constitución de la persona jurídica al proceso, este acto no tiene ninguna incidencia, por lo que, la persona natural como imputado en un proceso penal puede plenamente hacer ejercicio de los Derechos que le confiere la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal, sin ninguna actuación o procedimiento previo.

Respecto a la interposición de la excepción de improcedencia de acción, y sus presupuestos, no se establece que para que el imputado interponga este medio técnico de defensa, la persona jurídica a la que representaría, haya sido incorporada al proceso como sujeto procesal, por lo que no constituye un presupuesto.

FUNDAMENTOS:

1. *Aspectos Generales*

PRIMERO. Conforme con la Ejecutoria Suprema del diez de agosto de dos mil quince –calificación de casación–, obrante a fojas sesenta del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre:

a) Si la atribución de responsabilidad que se le haga a personas naturales cuya cuestionada actuación se haya dado en el ejercicio de su calidad de socio o representante de una persona jurídica, deba tener como antecedente la incorporación en calidad de sujeto del delito a esta última, y

b) si de ello depende la legitimidad procesal de los primeros para interponer los medios técnicos de defensa y otros que les franquea la Ley. En tal sentido, al emitirse la decisión de fondo, se persigue la necesidad de uniformizar la jurisprudencia que recaerá sobre este tipo de casos.

SEGUNDO. Se imputa a los procesados Jeannette Sofía Aliaga y Freddy Oscar Escobar Rozas, que teniendo la calidad de accionistas de Plantaciones Ucayali SAC., tomaron la decisión de ejecutar acciones de deforestación y desbosque, no solo en los terrenos que habían adquirido en adjudicación, por parte de la Dirección Sectorial de Agricultura (Nueva Requena, Distrito de Curimana, Coronel Portillo), sino también, en los terrenos aledaños a su propiedad, que pertenecen a los agricultores privados y al Estado, utilizando maquinaria pesada para hacer caminos, además, que no realizaron el cambio de uso para ejecutar sus obras.

2. La atribución de responsabilidad en el derecho penal: persona natural y jurídica

TERCERO. Desde la configuración de la teoría del delito actual con los aportes de la escuela causalista, la responsabilidad penal de la persona natural nace como consecuencia de su acción típica, antijurídica y culpable que afecta un bien jurídico. Por ello, Hurtado Pozo, señaló que en la dogmática penal, la noción material de infracción ha sido elaborada en relación con el concepto de bien jurídico: la infracción es así concebida como un comportamiento que viola o pone en peligro un bien jurídico.

CUARTO. Desde una perspectiva funcionalista, señala Jakobs2 que la función de la imputación se deriva de la función de la pena, esto es, establece a qué persona ha de castigarse para cumplir con el fin de la estabilización de la norma. Quinto. Entonces, la responsabilidad penal del agente solo depende de su acción lesiva. De ahí, que se entiende a la acción como manifestación de la personalidad. Es decir, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual, estos efectos parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre.

SEXTO. Como señala Roxin, una de las funciones de esta categoría es la de ser un elemento límite, por tal:

a) Son acciones los efectos que proceden de personas naturales.

b) No son acciones los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo "órganos" humanos pueden actuar con eficacia para ellas.

SÉPTIMO. Pese a ello, existe la necesidad de privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos [...] se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, aunque no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU. En el Derecho alemán existe la multa contra personas jurídicas y agrupaciones de personas como consecuencia accesoria de delitos o de contravenciones administrativas que se hayan cometido al actuar por personas jurídicas o agrupaciones de personas. En los últimos años se ha vuelto a encender vivamente la discusión sobre qué sanciones se pueden imponer por el comportamiento de las corporaciones. El trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero aún no está claro cómo se debería hacer, pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras.

OCTAVO. No obstante, el Código Penal no ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, como señala Roxin, la aplicación de consecuencias accesorias, cuya imposición depende de factores ajenos a los elementos de la atribución de responsabilidad penal.

NOVENO. Sin embargo, existen tipos penales que parecen dirigidos a la punición de la persona jurídica, pues contienen elementos o conductas que en el tráfico jurídico sólo podría poseer o realizar la persona jurídica. Un ejemplo de

ello, es el delito contra los bosques o formaciones boscosas, regulado en el artículo 310 del Código Penal: "Será reprimido [...] el que sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones".

DÉCIMO. En estas actividades, el permiso no solo se le otorga a la persona natural, sino también a la jurídica. En este segundo caso, quien toma la decisión de afectar los bosques, el gerente, director, socio, etc., no actúa de propia mano, sino a través de los empleados de la empresa. Por ello, el Código Penal, para evitar la posible laguna de punibilidad a la persona natural, ha regulado la figura del "actuar por otro" en su artículo 27.

3. *Actuación del socio o representante de la persona jurídica.*

DÉCIMO PRIMERO. El artículo 27 del Código Penal, establece la punibilidad de actuación en nombre de la persona jurídica, señalando que: "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica como autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo penal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".

DÉCIMO SEGUNDO. Esta norma contempla el instituto del "actuar en nombre de otro", que como lo afirma Gracia Martín parte del principio de equivalencia, en el sentido que la Ley sanciona a quien obrando en nombre de otro no reúne las condiciones exigidas para ser sujeto activo. Es valorada en el sentido que el sistema de irresponsabilidad penal de la persona jurídica no debe redundar en la impunidad de las personas naturales que habían ostentado el dominio del hecho. En tal dirección, este artículo vino a satisfacer un vacío de punibilidad que se observaba principalmente en los delitos especiales propios.

DÉCIMO TERCERO. De lo expuesto se establecen las siguientes situaciones: **i)** La atribución de responsabilidad penal de la persona natural depende únicamente de su acción lesiva de bienes jurídicos. **ii)** El Código Penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica. **iii)** Cuando algunos de los elementos del tipo penal se presentan en la persona jurídica, la responsabilidad penal de la persona natural solo depende de la aplicación del artículo 27 del Código Penal. **iv)** Por ello, la responsabilidad que afronte la persona natural, socio o representante de la persona jurídica, no depende de la constitución de la persona jurídica al proceso, este acto no tiene ninguna incidencia, por lo que, la persona

natural como imputado en un proceso penal puede plenamente hacer ejercicio de los derechos que le confiere la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal, sin ninguna actuación o procedimiento previo.

4. *El imputado como sujeto procesal*

DÉCIMO CUARTO. El proceso penal se ha configurado esencialmente como una relación entre sujetos procesales, de un lado el juez que dirimirá el conflicto, en un extremo el fiscal, que tiene la carga de la prueba y acusar y al frente, el imputado, que debe defenderse de la imputación. Este último es el determinado en un acto inicial del proceso penal (denuncia o querella) como presunto autor de la comisión del delito.

DÉCIMO QUINTO. El imputado goza de los derechos y garantías que le reconocen la Constitución Política del Estado, las Normas Internacionales y el Código Procesal Penal. Así, nuestra norma Fundamental el inciso 14 del artículo 139 señala que: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

DÉCIMO SEXTO. Sobre sus derechos el Tribunal Constitucional a través del expediente N° 06260-2005-HC/ TC ha precisado que el derecho de defensa, 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.

DÉCIMO SÉPTIMO. También, el inciso 2 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: **a)** derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. **e)** derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

DÉCIMO OCTAVO. Por su parte, el inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal vigente desde el año 2006, 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".

DÉCIMO NOVENO. Como señala Maier: el proceso penal reglado que exige la Constitución Política es uno acorde con las garantías y seguridades individuales, por ello, imputado como sujeto procesal goza de plena capacidad de ser titular de derechos y obligaciones procesales y, especialmente del derecho de defensa y sus instrumentales, medio necesario para hacer valer el derecho fundamental a la libertad10.

VIGÉSIMO. Entonces, la calidad de imputado se establece desde que existe la atribución de un delito en contra de un ciudadano por una disposición de formalización de investigación preparatoria conforme con el inciso 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal. Pudiendo ejercer los derechos que le reconoce la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal.

5. *La persona jurídica como sujeto en el proceso penal*

VIGÉSIMO PRIMERO. La incorporación de la persona jurídica en la comisión de delitos se debe a la frecuencia con la que se cometen ilícitos en el ámbito societario, originarios por la vida económica que somete a las empresas y a sus directivos a una gran presión y obligación estatal de incrementar la efi cacia

del proceso penal y a que puedan defenderse de la imputación en su contra y la posibilidad de merecer las medidas contempladas en la Ley Procesal.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Así, cuando un delito es cometido utilizando una persona jurídica, en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, esta última es pasible de las medidas reguladas en los artículos 104 y 105 del Código Penal.

VIGÉSIMO TERCERO. El Código Penal incorporó estas sanciones aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado.

VIGÉSIMO CUARTO. En ese sentido el Acuerdo Plenario número N° 7-2009/CJ-116, sobre las consecuencias accesorias a imponer a las personas jurídicas, ha referido en su fundamento doce: "Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° del Código Penal. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo".

VIGÉSIMO QUINTO. Por ello, la persona jurídica tiene la categoría de sujeto pasivo, aplicable también a la persona natural (imputado), que se explica por tres razones: la primera porque contra ella recaerá, al final del proceso, una consecuencia jurídica de las establecidas en los artículos 104° y 105° del Código Penal. La segunda, que se deriva de la primera, es que contra ella es posible imponer durante el proceso una medida cautelar, más en concreto una medida preventiva de las señaladas en el catálogo que nos presenta el artículo 313° del Código Procesal Penal. Sin embargo, hay una tercera que ya no tiene que ver con las consecuencias sancionatorias o instrumentales sino más bien con el supuesto de hecho. Si bien, no existe capacidad de acción por parte de un ente colectivo, sin embargo, el "supuesto de hecho imponible" lo encontramos en aquella condición establecida en el primer párrafo del artículo 105° del citado cuerpo de leyes, esto es, que el hecho punible realizado por la persona natural "fuere cometido en ejercicio

de la actividad de cualquier persona jurídica" o "utilizando su organización para favorecerlo e encubrirlo".

VIGÉSIMO SEXTO. De esta forma, el Código Procesal Penal ha regulado la forma de incorporación como sujeto procesal de la persona jurídica en el proceso penal. El artículo 90 indica que las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal. Para ello, de conformidad con el artículo 91, el requerimiento del Fiscal se producirá una vez que se comunica al juez la decisión de formalizar la investigación, hasta antes de darse por concluida la Investigación Preparatoria. Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Una vez incorporada la persona jurídica, goza de todos los derechos y garantías del imputado, así lo configura el artículo 93 del Código Procesal Penal. En conclusión, no existe otro efecto que se genere de su incorporación, menos la legitimidad procesal de las personas naturales imputadas para interponer los medios técnicos de defensa y otros que les franquea la Ley, como señalamos en el considerado vigésimo. Excepción de improcedencia de acción

VIGÉSIMO OCTAVO. La excepción es un medio de defensa que ataca directamente la relación procesal, consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso, por entender que este carece de alguno de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico procesal.

VIGÉSIMO NOVENO. El Código Procesal Penal contempla estas excepciones en el artículo 6, en el apartado b) se regula la excepción de improcedencia de acción, refiriendo que procede cuando: a) el hecho no constituya delito. b) cuando el hecho no sea justiciable penalmente.

TRIGÉSIMO. La Sala Penal Permanente a través de la Ejecutoria Suprema - Recurso de Nulidad Nº 318-2007, refiere sobre la institución citada que: "el primer supuesto, comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de la imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, en el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria".

TRIGÉSIMO PRIMERO. El inciso dos del artículo 6 del Código Procesal Penal, señala que, si se declara fundada, el proceso será sobreseído definitivamente. Este medio técnico de defensa, como refiere el artículo 7 del

Código Procesal Penal, se plantean una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia, pudiendo ser declarados de oficio.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. El artículo 8 del mismo cuerpo normativo, sobre el procedimiento, establece que será planteada mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria, que notificará la admisión del medio deducido, señalará fecha para la audiencia, que se realizará con quienes concurran.

TRIGÉSIMO TERCERO. Es decir, no se establece que para que el imputado interponga este medio técnico de defensa, la persona jurídica a la que representaría, haya sido incorporada al proceso como sujeto procesal, por lo que, no constituye un presupuesto.

176

§176. Legitimación del agraviado en el proceso penal

Casación	353-2011-AREQUIPA
Fecha	04 de junio de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rosas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. IV del Título Preliminar, 61° inciso 2, 95° numeral 1 literal d), 347° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

El agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión.

FUNDAMENTOS:

4.3. En primer lugar cabe resaltar que el Estado debe garantizar y establecer las condiciones mínimas de los derechos de la víctima y/o agraviado, debiendo de facultar su activa participación dentro del proceso penal para logar el restablecimiento de su pretensión, esto es, resarcimiento del daño causado por parte del autor de la comisión del delito.

4.4. Sin embargo, lo expuesto, no supone que los poderes de la víctima en el proceso penal, son absolutos y omnímodos, toda vez que está sometido al principio del contradictorio que deriva del derecho constitucional a la igualdad

de armas, el derecho de defensa y del debido proceso. Tampoco implica que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía, titular de la acción penal, según lo previsto en el artículo ciento cincuenta y nueve de nuestra Carta Magna o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales o que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de represalia o venganza contra el procesado.

4.5. En efecto, se advierte con claridad que el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión, por ello, se advierte que el artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal, específicamente, en el literal d), del numeral uno, establece que: "el agraviado tendrá como derecho impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria "; en concordancia con el artículo trescientos cuarenta y siete del mismo Cuerpo legal, señala que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación; motivo por el cual, la Sala Superior debe emitir nuevo pronunciamiento.

4.6. Respecto, a los cuestionamientos formulados de la posibilidad de establecer si la carga de la prueba la tiene únicamente la Fiscalía o en algún momento varía hacia la defensa, cabe precisar que tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso dos, del artículo sesenta y uno del mismo cuerpo legal, el Ministerio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo actuar con objetividad, indagando no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, ello no impide que el procesado pueda defenderse de la imputación fáctica que pesa en su contra, presentando medios de prueba de descargo, más aún cuando se trata de una defensa afirmativa, donde el Juez exigirá que el encausado descubra todos los elementos probatorios e información que posea y que sustente la misma (véase: LEÓN PARADA, Víctor Orielson, El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: El juicio oral, ECOE, Bogotá, dos mil cinco, página ciento cuatro). Finalmente, en relación a si las conclusiones arribadas en una investigación fiscal son válidas en otro proceso, al respecto debemos señalar que una es un juicio de racionamiento y como tal no puede ser llevado a otro proceso".

177

§177. Facultades de la parte civil en el proceso penal

Recurso de Nulidad	677-2016-LIMA
Fecha	17 de mayo del 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Calderón Castillo, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 57 del C de PP

RESUMEN:

Intervención procesal de la Parte Civil, sí bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no san independientes a los lineamentos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un Ilícito perseguidle por acción privada. A la Parte civil no le está permitida pedir o referirse a la sanción penal; esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parle civil de su objeto civil.

FUNDAMENTOS:

5.11. La intervención procesal de la Parte Ovil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no es independiente a los lineamientos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada [calumnia,

difamación o injuria]. La Parte Civil ejerce facultades probatorias, en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extra patrimonial generado a consecuencia del hecha punible, lo cual, no implica que deba arrogarse funciones cuya titularidad no le concierne. La incoación de la acción penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Esta consideración tiene como base normativa lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política de! Estado, siendo pertinente destacar, entre las principales atribuciones del Ministerio Público, las siguientes: "Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por ei derecho" [numeral 1] y "Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte" [numeral 5]

5.12. En tal sentido, se desprende que nuestro ordenamiento legal dota de facultades a cada uno de los sujetos procesales intervinientes en un proceso penal. Con relación a la parte civil, el artículo 57° del Código de Procedimientos Penales, delimita el desenvolvimiento de la Parte Civil de cara al proceso. En efecto, no solo le brinda facultades, sino también le señala que "No le está permitido pedir o referirse a ia sanción penal.";esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil. Pero en el sistema procesal antiguo, el objeto civil que se incorpora al proceso penal, como consecuencia de la voluntad expresa del agraviado, depende de la subsistencia del objeto penal. En tal virtud, estando frente a una sentencia absolutoria, cuya conformidad ha sido expresada por el Fiscal Supremo; nos permite afirmar que la acción persecutoria del delito, en este extremo, ha fenecido, pues el único facultado para ejercerla, se ha mostrado conforme con la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional sentenciador; de manera tal que encontrándose limitado el ámbito de acción de la Parte Civil, su pretensión no podría tener acogida por este Tribunal Supremo.

5.13. Sin embargo, el razonamiento último expresado en el considerando precedente, no es de total exclusión, pues emitida la sentencia absolutoria, el control impugnativo se circunscribe a estrictos términos residenciados en la presencia o no de Indefensión en la víctima, es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo 139°, numeral 14), de la Constitución de) Estado, ha sido vulnerado con motivo

del procedimiento incoado o del contenido estructural de la sentencia condenatoria j7]. No obstante y siempre sobre la línea de) respeto a las garantías constitucionales de las que se encuentra revestido el proceso penal, este Supremo Tribunal en tanto órgano revisor, ha de verificar si la sentencia impugnada se encuentra suficientemente motivada, pues es de imperativo legal que todos los Jueces, cualquiera sea la instancia, den respuesta razonada a sus decisiones.

5. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

178

§178. Principio de oportunidad. Acuerdos reparatorios

Casación	437-2012-SAN MARTIN
Fecha	19 de setiembre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Tello Gilardi
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 2° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°

RESUMEN:

El imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un lado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la victima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo de reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO: Atento a los motivos casacionales, especialmente, primero, en cuanto a una correcta interpretación del artículo 2[125], incisos 6[126] y 7[127] del Código Procesal Penal, referidos a la postulación de acuerdos reparatorios una vez iniciado la investigación preparatoria, se debe señalar lo siguiente:

El proceso penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucrados en tales delitos y establecer su culpabilidad o reiterar su inocencia. Dentro de esta finalidad se han introducido figuras, que anteriormente no habían sido consideradas tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo a celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

Así que se han incorporado mecanismos en los cuales las víctimas pueden ejercitar derechos que conlleven a una solución justa de su caso. Es decir, se tiende al reconocimiento mas amplio del derecho en las víctimas en el sistema de justicia penal. Bajo estos lineamientos, se inscribe el Acuerdo reparatorio regulado en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal como una fórmula alternativa de solución de conflictos "que busca la reparación de la víctima en determinados supuestos en los que sea posible". Este acuerdo, viene a constituirse como un mecanismo legal, que solo responde a sus demandas o necesidades reales de justicia frente a la afectación de sus derechos y bienes jurídicos protegidos, así como el daño causado; además, pretende la evitación de un daño mayor, como

---

125 **Artículo: Principio de oportunidad.**

126 **6.** Independientemente de los cosos establecidos en el numeral J) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los articulas 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo. 190. 191. 192.193. 196. 197. 198, 205, 215 del Código Penal. y en los delitos culposos, No rige esto reglo cuando hoyo pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que. en este último coso. o e menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de lo víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo. el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segundo citación o se ignora su domicilio o paradero. el Fiscal promoverá lo acción penal. Rige en lo pertinente el numera l 3).

127 **7.** Si la acción penal hubiera sido promovido, el Juez de lo Investigación Preparatoria. previo audiencia. Podrá a petición del Ministerio Público. con lo aprobación del imputado y citación del agraviado. dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse lo acusación. bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijado por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a los reglas impuestas si éstas son desproporcionados y afectan irrazonablemente lo situación jurídica del imputado.

resultado directo del proceso mismo o de la posible actuación negligente de las instituciones del sistema de administración de justicia, a efecto de no incurrir en la llamada re-victimización institucional como puede producirse a consecuencia de un proceso penal prolongado u oneroso - a pesar de la gratuidad, si se tiene en cuenta los recursos empleados, tales como: legales, tiempo, emocionales, etc. -, o de circunstancias que conlleve a la víctima o revivir situaciones traumáticas, entre otras.

Por su parte en el ámbito internacional. los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas en las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[128]", establece que las víctimas merecen una reparación penal bajo cinco formas, tales como: restitución[129], indemnización[130], rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Estas figuras alternativas a la prosecución del proceso, se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, en la voluntad de las partes (fiscal, investigado y/o víctima), o bien en la declaración unilateral de una de ellas; que al igual que la solución judicial de la litis, por el juez, existe la solución convencional, por el cual, las partes elevan directamente ante el juez, sus respectivas peticiones, para poner fin al proceso, con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia.

Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son consideradas como formas anticipadas de solución del proceso penal y definidas como

---

[128] Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006 en su Sexagésimo Periodo de Sesiones.

[129] La restitución aquí tiene un sentido más amplio que lo prevista en la ley interna pues es definida como lo devolución de la victima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o lo violación grave del derecho internacional humanitario, y comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su labor de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (principio diecinueve) Citado en la sentencia del expediente N° A.V 19-2001, del 07 de abril de 2009, párrafo 796.

[130] Respecto a la indemnización, que si se asemeja a la ley interna, señala que comprende todos los perjuicios económicamente evaluados, consecuencia de violaciones manifiestos de los normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, e incluye: (a) El daño físico o mentol; (b) La perdido de oportunidades, en particular los de empleo, educación y prestaciones sociales; (c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (d) Los perjuicios morales; y (e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia, dentro de los que se encuentran el principio de oportunidad [131]y los acuerdos reparatarios.

Los Acuerdos reparatarios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran, como una forma de auto-composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito.

En este sentido, deben ser entendidos como un convenio, que se puede celebrar, entre quien sea víctima de un delito y la persona a que se le impute participación en dicho delito (imputado), con el objeto de que el segundo, se obligue a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obligue a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva hoya acarreado. La manifestación de la voluntad debe ser libre y consciente, entre el imputado y lo víctima, por medio del cual, los mismos llegan a una solución sobre el daño causado por el hecho punible, mediante la restitución, la reparación del daño causado o la indemnización de perjuicios. que son sometidos a la jurisdicción del Juez para que los apruebe o rechace antes de la sentencia definitiva.

La naturaleza jurídica de estos tipos de Acuerdos, es que son convenios de carácter consensual bilateral, que se encuadra bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece la auto disposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado.

En este contexto, cuando en el artículo 2, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, regula el acuerdo reparatorio, dada su finalidad y naturaleza, una vez iniciada la etapa de investigación preparatoria, se debe entender que este mecanismo puede ser postulado por el inculpado o por la víctima (conforme a la forma prevista en el citado artículo, inciso 3, parte *in fine*, concordado con el inciso 7, segundo párrafo, parte *in fine,* " acuerdo entre el imputado y la víctima, que conste en instrumento público o documento privado legalizado") de forma

---

[131] Llamado también poro algunos autores como el principio de la discrecionalidad. Este principio ha sido acogido en diferentes ordenamientos jurídicos europeos principalmente en Portugal, Italia, España, pero es el Sistema Alemán quien lo ha regulado más detalladamente. En el Derecho Anglosajón, ha sido considerada como la regla y está sustentado sobre lo *plea guilty*: que significa confesión dirigida a evitar el juicio y *la plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputada que supone pactar la acusación en toda su extensión y de este modo, reducir o multar a conveniencia si es el caso, el hecho penal en si mismo considerado.

directa ante el Juez de Investigación Preparatoria, especialmente, porque el propósito del acuerdo reparatorio radica en el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, cuyo objeto es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar un proceso largo y costoso.

Esta petición, planteada por el imputado y agraviado, debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la Investigación preparatoria, para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, el Juez de la Investigación preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo - en tanto, son los portes quienes lo han celebrado - expida la resolución correspondiente, quien, no solo homologará el acuerdo, sino que deberá examinar, evaluar y realizar un análisis que comprenda el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, además y de forma primordial, que quienes concurran al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forma libre, y voluntaria con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia en el contexto de la imputación de un hecho punible, de los señalados en el artículo 2 en comento, inciso 6, del indicado Código Procesal, y de cualquier otra situación que directa o paralelamente tenga incidencia dentro de los fines que justifican la existencia de dicho convenio para su posterior homologación.

No obstante, lo señalado respecto al traslado necesario al despacho del señor Fiscal Provincial, en el presente caso, en atención a que, tanto el Fiscal Provincial de la Investigación Preparatoria y el Fiscal Superior se encuentran de acuerdo con el sobreseimiento, y además a, que el representante del Ministerio Publico es el que interpuso este recurso de casación, consideramos que por economía y celeridad proceso este trámite, debe entenderse cumplido.

En esta línea de ideas, queda claro que el imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un Iado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la victima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo de reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

Esta posición reposa no solo en las consideraciones antes expuestas, sino también, en la habilitación legal contendida en el artículo 350, inciso d), respecto a que los sujetos procesales pueden peticionar el sobreseimiento del proceso. Distinta es la legitimidad para solicitar el sobreseimiento teniendo como presupuesto el retiro o desistimiento del ejercicio de la acción penal, respecto a

la cual, que duda cabe, que recae única y exclusivamente en el Representante del Ministerio Público.

Por todo lo cual se concluye, que la postura del procesado Cesar Vicente Horno Tirado, en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad y naturaleza del mismo, sin que se le sea exigible una finalidad determinada, más que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten, pues el pronunciamiento de retiro de las consecuencias jurídicas penales por el hecho delictivo corresponden tanto al Fiscal Provincial como al Juez encargado de resolver el pedido.

6. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA

179

§179. Cuestión previa e identificación del imputado

Acuerdo Plenario	7-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre del 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Urbina Ganvini
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 3° de la Ley N° 27411 y 77° del ACPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 10°

RESUMEN:

La ausencia de la inscripción de una persona en el Regristo Nacional de Identificación y Estado Civil ***no significa que se haya incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del proceso penal****. De ahí que el artículo 3° de la Ley 27411 establezca como una exigencia no obligatoria para la inscripción y resolución de una ejecutoria judicial el Documento Nacional de Identidad a cargo de la RENIEC. Por lo tanto,* ***carece de sustento el planteamiento de una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC*** *o que no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad.*

FUNDAMENTOS:

"6°. El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.

7°. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19° al 22° del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial- o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial- o adoptantes –si es adoptado-, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primer resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

8°. El artículo 3° de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: ***1)*** Nombre y apellidos completos. ***2)*** Edad, ***3)*** Sexo, y ***4)*** Características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional].

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2°, Ley número 27411)-, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la

policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención.

Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad –y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal- respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción sólo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

9°. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país- no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria-, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3° de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la RENIEC, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.

10°. En tal virtud, si ***se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC*** o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, ***tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo.*** De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese sólo mérito al Fiscal Provincial.

Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número cero cero tres-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, DEL

29.4.2004, establece que *"Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales"*, ello sólo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente." (Sic.)

180

§180. Excepción de Improcedencia de Acción

Casación	581-2015 – PIURA
Fecha	05 de octubre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 1, literal b del art. 6° del NCPP.

RESUMEN:

Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento típico (los sujetos [activo y pasivo], la conducta [elementos descriptivos, normativos o subjetivos] y el objeto [jurídico o material]). Se deduce el medio técnico de defensa de excepción de improcedencia de acción, es decir, el tipo penal se configura, pero éste señala puntualmente aspectos a tener en cuenta por el juez penal, tales como las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, supuestos de inculpabilidad y otros, que deben necesariamente requerir de un pronunciamiento final y no limitados cortados en aplicación de una excepción.

FUNDAMENTOS

VIII. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

8.1: La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el **hecho denunciado no constituye delito** o **no es justiciable penalmente**; ello en virtud a la exigencia

del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo 6°, inciso 1, literal b, del Código Procesal Penal.

8.2: Asimismo, se tiene que *"(...) en el proceso formalmente iniciado las partes pueden haber uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de a excepción de improcedencia de acción (...)"* cuyo fin es atacar la potestad represiva del Estado y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga.

8.3: En cuanto al primer supuesto, referido a cuando el hecho denunciado "no constituye delito", se tiene que la teoría general del delito parte del derecho penal positivo, conforme al artículo 11° del Código Penal de 1991: *"Son delitos y faltas la acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley"*. Dicho concepto formal nada dice sobre los elementos que debe contener toda conducta sancionada por la ley con una pena. Por lo que, se recurre a la doctrina penal, a fin de establecer que la teoría jurídica del delito es una teoría de la atribución de responsabilidad penal, esto es, un instrumento conceptual que nos permite determinar jurídicamente si determinado hecho tiene la consideración de delito y merece, en consecuencia, la imposición de una sanción penal. Se trata, entonces, de una elaboración de la dogmática jurídico-penal, con base en el derecho positivo, por exigencia explícita del principio de legalidad penal, que ha ido evolucionando en el decurso del tiempo y que permite una aplicación racional de la ley, a través de un sistema conceptual unitario. Con ello, el ciudadano gana en seguridad jurídica en la medida que posibilita una jurisprudencia más racional, predecible y unitaria en la interpretación y aplicación práctica de la ley penal.

8.4: En alusión a que el hecho denunciado no constituye delito, la atipicidad presenta determinados supuestos que "comprende dos extremos: 1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas, no es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, estamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, 2) el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico o material-, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta".

8.5: El segundo supuesto, referido a **cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente,** entiende que toda relación jurídica que requiera una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho es justiciable, y todo acto delictuoso es justiciable penalmente.

Sobre la base de dicha afirmación, se puede llegar a otro razonamiento: la conducta merece ser justiciable pero no penalmente; no se requiere la intervención del juez penal para su solución, es decir, es justiciable pero en otra vía distinta a la penal, pues la argumentación se reduce a la ausencia de tipicidad en la conducta que se ha calificado de delictiva.

8.6: Asimismo, se insiste en que el tipo penal se configura, pero éste señala puntualmente aspectos a tener en cuenta por el juez penal, tales como las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, supuestos de inculpabilidad y otros, que deben necesariamente requerir de un pronunciamiento final y no limitados cortados en aplicación de una excepción. Por ejemplo: lo señalado en el artículo 208° del Código Penal, referido a los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen entre cónyuges, concubinos, ascendientes, etcétera, nos son reprimibles; así, quien hurta un televisor de su casa, perteneces a él y a su esposa, no es reprimible penalmente.

181

§181. Excepción de Improcedencia de Acción

Casación	407-2015 – TACNA
Fecha	07 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 6 del NCPP

RESUMEN:

La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad.

El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad –tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad- [Recurso de Nulidad

número seiscientos veintiocho guion dos mil trece diagonal Cusco. De cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXTO: Que, analizando el caso concreto, resulta evidente que, conforme lo expresado en el fundamento segundo de esta Ejecutoria Suprema, el Tribunal de Apelaciones realizó una valoración del material instructivo para definir los hechos y su mérito, pues sobre esa base estimó si es dable, desde las máxima de la experiencia, inferir tanto el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes incautados cuanto una vinculación a nivel de organización delictiva entre el imputado y el remitente de los paquetes cuestionados. Realizó, pues, una inferencia probatoria en un momento procesal inoportuno.

En virtud de lo procedentemente expuesto, es pertinente concluir que los hechos –sin ingresar a realizar una valoración de los materiales instructorios-, como ha quedado expresado, constituyen en principio delitos de receptación y de asociación ilícita para delinquir. La valoración de los actos de aportación de hechos, por estar referidos al juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

182

§182. La excepción de naturaleza de acción: Suficientes elementos de cargo

Recurso de Nulidad	2868-2014-LIMA
Fecha	27 de diciembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.

RESUMEN:

La excepción de naturaleza de acción, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción.

FUNDAMENTOS:

2. De la excepción de naturaleza de acción

SEXTO: Que los argumentos del Tribunal Superior para estimar la excepción de naturaleza de acción por el delito de lavado de activos son los siguientes:

1º. Luis Alejandro Lagos Lizarbe fue absuelto por el delito de tráfico ilícito de drogas, por lo que no existiría delito fuente y, tampoco, delito de lavado de activos. El dinero o bienes cuestionados debe

tener un origen ilícito, lo que no es de recibo en este caso porque el imputado fue absuelto. Además, los hechos imputados como delito previo datan del veintiuno de octubre del dos mil siete —no de otras fechas—, y la acusación no menciona datos y circunstancias de la intervención en el delito de tráfico ilícito de drogas. Las requisitorias por tráfico ilícito de drogas están referidas al año mil novecientos noventa y tres, pero los actos de conversión habrían ocurrido entre mil novecientos noventa y cinco y el veintidós de julio del dos mil siete, por lo que resultan atípicos: bajo la vigencia del artículo doscientos noventa y seis guión A del Código Penal aún no se había aceptado, doctrinaria y jurisprudencialmente el 'auto-lavado'. Sobre la transferencia del inmueble ubicado en la calle Hera número doscientos seis y el vehículo de placa de rodaje número BGS guión ochocientos cuarenta y dos se realizaron entre el dos mil cuatro y el dos mil siete, siendo más próximos al delito fuente de tráfico ilícito de drogas del veintiuno de octubre del dos mil siete, del cual se generó un proceso en el que Lagos Lizarbe fue absuelto.

2º. Lizarbe Sulca, Choque Gómez y Ortiz Ochoa no estaban en condiciones de conocer o sospechar el origen delictivo de los activos de mil novecientos noventa y cinco al dos mil. La fiscalía no explicó cómo se llevó a cabo ese conocimiento o sospecha, ni siquiera tiene claro los hechos, luego, falta la tipicidad subjetiva del hecho imputado. Tampoco se cumple el elemento objetivo del tipo legal porque se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe.

3º. No se mencionan argumentos específicos respecto de Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. En relación a Vidalón Orellana, Vera Meneses.

4º. Vidalón Cárdenas y Vera Meneses, como se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe no existe delito de lavado de activos.

SÉTIMO: Que el señor fiscal supremo, sobre este punto, acotó que las transacciones atribuidas a los encausados antes mencionados son atípicas por ausencia del elemento objetivo al haberse absuelto al agente por delito de tráfico de drogas (delito fuente). La acusación se centra en la incautación de droga el día veintiuno de octubre del dos mil siete, causa en la cual se absolvió a Luis Alejandro Lagos Lizarbe. No es posible asegurar que sus bienes los adquirió con dinero ilícito

que trata de ocultar. Además, las circunstancias de las transacciones realizadas no se podrían calificar como irregulares desde una perspectiva financiera y comercial. Estas no indican en el fondo la intención de ocultar o encubrir objetos materiales del delito.

OCTAVO: Que ahora bien la excepción de naturaleza de acción, como es línea jurisprudencial constante de este Supremo Tribunal, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria—.

Esta ausencia de objeto se define desde los términos de la propia acusación, sin que sea posible negar —total o parcialmente—, variar o recortar los cargos, en suma, cuestionar de algún modo la realidad de los hechos acusados. El imputado se limita, en esta específica posición respecto de la acusación, dado los hechos que se le atribuyen, a controvertir su relevancia jurídico penal en cualquiera de los tres ámbitos anteriormente establecidos. La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción. (...)

7. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

183

§183. Aplicación de la prórroga del plazo de la investigación preparatoria bajo los alcances de la Ley N° 30077

Casación	309-2015-LIMA
Fecha	29 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 427 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	12°, 20° y 23°

RESUMEN:

La invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a la modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno

del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que, debe ser aplicada.

FUNADAMENTOS:

DÉCIMO SEGUNDO: Para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: i) Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado; ii) Características del hecho objeto de investigación; iii) Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; vi) Actitud del fiscal y del encausado, esto es diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal; es decir es un acto procesal. En ese sentido la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

VIGÉSIMO: En consecuencia, la invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a la modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del articulo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal.

La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mi setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que debe ser aplicada.

VIGÉSIMO TERCERO: En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los defensores de los imputados, de su fundamentación fáctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional, indicadas en el considerando vigésimo segundo, rubro II, Fundamentos de Derecho, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

184

§184. Tutela de derechos: Imposibilidad del órgano jurisdiccional para incorporar nuevos derechos que puedan ser objeto de tutela

Casación	136-2013-TACNA
Fecha	11 de junio de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Cevallos Vegas.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 71° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	3.4°, 3.6°, 3.10 ° y 3.11°

RESUMEN:

Los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

FUNDAMENTOS:

Sobre la tutela de derechos

3.2. El inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, reconoce la posibilidad que tiene el imputado de hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución de motu propio o a través de su abogado defensor; asimismo, el inciso 2 de la misma disposición, reconoce taxativamente derechos procesales del imputado, los cuales deben ser comunicados de manera inmediata y comprensible cuando exista una imputación penal en su contra. De igual forma, el inciso 4

establece 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. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: "(...) la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria **ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP,** responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora" [132].

3.4. La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v. gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos). Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02- 2012-CJ-116 de las Salas

---

[132] Acuerdo Plenario Penal N°04-2010/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 11.

Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.5. Se verifica de autos que la pretensión de la solicitud de tutela de derechos fue la ejecución de la decisión judicial que disponía la no confirmación de la incautación, siendo ello así, se reclamaba la imposibilidad del Juzgado de Investigación Preparatoria de ejecutar dicha resolución, pretensión a la cual accedió la Sala de Apelaciones en vía de tutela de derecho, haciendo la salvedad que, pese a no estar dentro de los derechos tutelados a través de esta institución, se declaraba fundada la solicitud atendiendo al tiempo excesivo que los bienes se encontraban incautados pese a que la incautación no fue confirmada judicialmente.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente **los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.**

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

185

§185. Improcedencia de la prórroga de la investigación preliminar luego de vencido el plazo

Casación	134-2012-ANCASH
Fecha	13 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Tello Gilardi.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 144° inciso 1 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	2° considerando

RESUMEN:

Frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público -en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación- no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso, como complejo.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO: Que, desarrollando la argumentación en relación al punto **a) determinar si la caducidad es aplicable en el control de plazo de la investigación preliminar**; se tiene en consideración:

Que, el artículo 159° de la Constitución Política del Perú, establece las atribuciones y funciones que se le confiere al Ministerio Público. Ente estas, la titularidad de la Acción Penal, esto es, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte y la conducción de la investigación del delito, desde su inicio. Por su lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala en el artículo 11°, que

dicha institución es la titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular. Así mismo, en el artículo 3° indica, que el Ministerio Público vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. De igual forma, el inciso 1) del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que *"El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (...)".*

Por ello, mediante Sentencia Casatoria N|54-2009 del veinte de julio de dos mil diez, se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante respecto a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal -en caso de fiscales- y para expedir resoluciones -en caso de jueces., que no pueden ser sancionados con la caducidad del plazo establecido por ley, para emitir su dictamen o resolución, pues ello importaría la vulneración de las normas constitucionales y legales citadas.

En concordancia, la norma establecida en el artículo 144° del Código Procesal Penal, en el caso de la actividad del fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Ello, está en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Misterio Público, de manera exclusiva y excluyente.

De allí, que el apartado 1) del artículo 144° del Código Procesal Penal, cuando señala que el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, debe ser interpretada de manera sistemática y a la luz de las disposiciones constitucionales y legales citadas, y que han sido recogidas en la jurisprudencia vinculante que se invoca.

SEGUNDO: En cuanto al punto **b) Determinar si la prórroga de la investigación preliminar procede efectuarla vencida el plazo por el Ministerio Público,** debe considerarse:

Que, el artículo 144° inciso 1) del Código adjetivo antes citado, señala que los plazos solo pueden ser prorrogadas cuando la ley lo permita. Esto significa, que de ningún modo, cabe la habilitación judicial del plazo, cuando ello no esté contemplado expresamente.

De allí, que frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público -en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación- no corresponda el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso, como complejo. Así mismo, en aplicación del principio de la preclusión procesal.

En tal supuesto, corresponde continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso. Así, en el caso, del vencimiento del plazo de la investigación preliminar, el Ministerio Público, debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento.

TERCERO: Respecto al punto **c) Determinar si en plazo de la investigación preliminares de ocho meses cuando es de naturaleza compleja,** debe considerarse:

Que, en atención a los criterios recogidos en la jurisprudencia nacional y del Tribunal Constitucional, Mediante Sentencia Casatoria N°144-2012, de fecha once de julio de dos mil trece, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha establecido como doctrina jurisprudencial, que tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares, es de ocho meses. De allí, que este extremo, no requiere de un pronunciamiento adicional.

186

§186. Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas

Casación	144-2012-ANCASH
Fecha	11 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Príncipe Trujillo
Disposiciones Estudiadas	Arts. 146º, 334°.2 y 342° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	Arts. 442º y 146º del NCPP.

RESUMEN:

ESTABLECIERON: de conformidad con lo previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que: ***"tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses" (Apartado II).***

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO: Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos - dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina

jurisprudencial que: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses"; considerándose proceso complejo, cuando:

a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

187

§187. Control de plazo de las Diligencias Preliminares

Casación	66-2010-PUNO
Fecha	26 de abril del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 3°, 330° y 334°.2 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	(Apartado III).

RESUMEN:

Se tiene que saber que los plazos para las diligencias preliminares son contabilizados desde la consideración de los días naturales y no de los hábiles.

FUNDAMENTOS:

I. Del ámbito de la casación:

PRIMERO: Como se estableció mediante Ejecutoria Suprema de fecha veintiséis de octubre de dos mil diez, de fojas catorce -del cuaderno de casación-, el motivo del recurso de casación se centra en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial relativo a que según lo alegado por el encausado, el inicio del cómputo establecido en el artículo trescientos treinta y cuatro numeral dos del Código adjetivo, debe efectuarse desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible.

SEGUNDO: Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa pre-jurisdiccional del proceso penal, por cuanto el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, y por ende elabore su

estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, realizada de forma unilateral y reservada.

TERCERO: Que, el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables; asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

CUARTO: Asimismo, el inciso segundo del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal establece que el plazo de las diligencias preliminares, conforme el artículo tercero del mismo cuerpo de leyes, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares: la cual no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la investigación preparatoria; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta: pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formaliza o no denuncia; siendo así, si el Fiscal se excede del plazo en las diligencias preliminares, se somete a un tipo de control. De otro lado, quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda; a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.

QUINTO: Que, la regla para el cómputo del plazo, se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Civil, que establece que se computará conforme al calendario gregoriano, estableciéndose en su inciso primero que el plazo señalado por días se computará por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles.

SEXTO: Que, el considerando décimo primero de la resolución casatoria número cero dos guión dos mil ocho, pronunciado el tres de junio de dos mil ocho, estableció que el plazo para las diligencias preliminares son de veinte días naturales.

SÉTIMO: Que, el cómputo de plazo de las diligencias preliminares se inicia a partir de la fecha en que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra.

OCTAVO: Que, la Policía Nacional del Perú remitió el informe Policial número cero dos guión dos mil nueve guión XII guión DTP guión DPH guión C guión PNP guión H guión SIAT, a la Fiscalía Provincial de Huancané, con las actuaciones realizadas por dicha dependencia con intervención del Fiscal Provincial

adjunto, por el hecho ocurrido el día cuatro de octubre de dos mil nueve, relativo al accidente de tránsito, informe que fue recepcionado el dieciocho de noviembre de dos mil nueve, tal como se aprecia de fojas cincuenta y nueve, por lo que desde esa fecha debe computarse el plazo para la investigación preliminar.

NOVENO: Que, el Fiscal Provincial de Huancané al emitir el oficio de fojas cien, su fecha veintinueve de octubre de dos mil nueve, por el cual concede al Jefe de la Comisaría Sectorial de Huancané el plazo de quince días hábiles para que realice la investigación preliminar, no da cabal cumplimiento a lo dispuesto en el considerando décimo primero de la Casación número dos guión dos mil ocho, que estableció que los días son naturales, tanto más que dispuso la realización de la declaración del imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez -véase fojas noventa y nueve-, con participación del representante del Ministerio Público, lo cual era repetitivo; toda vez que, dicha persona había depuesto el dieciocho de octubre de dos mil nueve, con intervención del Fiscal Provincial Adjunto y de su abogado defensor, tal como se observa de fojas sesenta y dos, así como al contar con todos los elementos vinculatorios con la noticia criminal, tales como son: Declaraciones, informe médico, certificado de defunción en copia xerográfica, la historia clínica del agraviado -véase anexo a la denuncia de fojas sesenta vuelta-, pudo haber formalizado la investigación preparatoria; toda vez que, lo dispuesto por su Fiscalía era una repetición de actos que constaban en el informe Policial, atentando con ello la celeridad que impone el Código Procesal Penal.

DÉCIMO: En consecuencia, a la fecha en que se solicitó el control del plazo; esto es, el día treinta de noviembre de dos mil nueve -véase escrito de fojas uno-, había sobrepasado el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos. Que, si bien obra la disposición número dos guión dos mil nueve guión MP guión FPP guión H, de fecha veinte de noviembre de dos mil nueve, de fojas sesenta y uno, mediante la cual el representante del Ministerio

Público dispone considerar aplicable el principio de oportunidad en el presente caso, citando al implicado Mamani Gutiérrez para el día dos de diciembre de dos mil nueve: sin embargo, ello no obsta que el plazo de las diligencias preliminares venció con fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

188

§188. Los plazos de la investigación preparatoria

Casación	02-2008-LA LIBERTAD
Fecha	03 de junio de 2008
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Ponce de Mier, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 334º, 337ºy 342ºdel NCPP

RESUMEN:

La etapa de investigación preparatoria presenta dos sub etapas: la correspondiente a las diligencias preliminares y la referida a la investigación preparatoria propiamente dicha. ***El plazo para las diligencias preliminares es de 20 días naturales de forma regular, mas es posible que se le conceda al Fiscal la posibilidad de fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación****. No obstante,* ***ese plazo no podrá exceder de los 120 días que de forma regular están destinados a la etapa de investigación preparatoria****.*

Las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la investigación preparatoria por existir unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador.

FUNDAMENTOS:

"***SÉTIMO:*** Que en ese sentido, es preciso señalar lo siguiente: ***a)*** Que el inciso segundo del art. 337 del CPP, establece que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria y esta a su vez tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales, conforme a lo estatuido por el inciso 1 del numeral 342 del mismo

cuerpo de leyes, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inc. segundo del numeral 334 que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares, es de 20 días y que no obstante ello el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos; ***b)*** En ese orden de ideas, la etapa de investigación preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. En ese contexto, la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el inc. segundo del numeral 144 del CPP, control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente proceso.

(...)

DÉCIMO SEGUNDO: Es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los 20 días que el Art. 334 le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y si bien es cierto en este extremo la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su limite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el ***derecho al plazo razonable*** que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, que por lo demás deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad."

189

§189. Diligencias preliminares en crimen organizado: alcances, plazo y ampliaciones

Casación	599-2018-LIMA
Fecha	1 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Ley Nº 27765 de Lavado de activos.

RESUMEN:

i) En las investigaciones por crimen organizado se debe realizar una interpretación sistemática y teleológica de los incisos uno y dos del artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal. El carácter de urgente e inaplazable no está vinculado, en estricto, al factor tiempo. ii) En lógicas complejas de crimen organizado, las investigaciones deben llevarse a cabo en un plazo razonable que, como límite y de manera excepcional, no puede exceder el plazo ordinario de investigación preparatoria, atendiendo a su gravedad, complejidad y necesidad de especiales técnicas de investigación. iii) Es posible ampliar el plazo de las diligencias preliminares, aun cuando el plazo se encuentre vencido, dentro del previsto como plazo máximo. En tal supuesto, el fiscal será pasible de sanción disciplinaria.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. EL ALCANCE DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN CRIMEN ORGANIZADO (ARTÍCULO TRESCIENTOS TREINTA, APARTADOS UNO Y DOS, DEL CPP).

1. 1. El Ministerio Público conforme al artículo ciento cincuenta y nueve, incisos cuatro y cinco, de la Constitución Política del Estado tiene como facultad funcional la de conducir o dirigir, desde su inicio, la investigación del delito, así como la de ejercitar la acción penal; tal facultad discrecional ancla su actuación funcional a principios y valores constitucionales. De ahí que su ejercicio debe decantar por la observancia y pleno respeto de los derechos fundamentales, pues el fiscal debe cumplir también con el principio de sujeción a la ley.

1. 2. La implementación del Código Procesal Penal en forma gradual ha dado lugar a que diferentes institutos procesales regulados de forma abierta hayan tenido disímiles alcances interpretativos colisionando con la predictibilidad de las resoluciones judiciales y afectando desde esta perspectiva el derecho a la tutela judicial efectiva, ello porque la casuística no ha sido homogénea, de ahí que es necesario otorgar vía jurisprudencial criterios de interpretación de la norma, pues lo contrario incidiría en afectar la propia legitimidad del sistema de administración de justicia penal.

1. 3. El nuevo modelo de investigación procesal penal ha traído consigo la facultad exclusiva del fiscal[133] de llevar a cabo "diligencias preliminares", de las que tiene el señorío y control, son conceptualizadas normativamente como parte de la investigación preparatoria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las define como aquellas que lleva a cabo el fiscal en la fase prejurisdiccional previa al proceso penal.

1. 4. Las "diligencias preliminares", como actuaciones iniciales del fiscal orientadas a una finalidad específica, no advierten un carácter jurisdiccional sino de indagación y de averiguación; conforme al rol de persecutor que le corresponde, posibilitan que pase a otra fase del proceso, si así lo decide, al instaurar la formalización de la investigación preparatoria o disponer el archivo definitivo.

---

133 El artículo trescientos treinta.uno CPP señala que puede requerir la intervención de la Policía.

1. 5. El fiscal, conforme al artículo trescientos treinta.uno del CPP, está facultado para realizar o delegar la actuación de "diligencias preliminares" de investigación en su condición de titular del ejercicio de la acción penal, a fin de **determinar si debe formalizar la investigación preparatoria**, lo que lo vincula con la obligación de actuar con objetividad e independencia de criterio.

1. 6. El artículo trescientos treinta.dos del CPP preceptúa su finalidad y señala:

Las Diligencias Preliminares tienen por **finalidad inmediata** realizar 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 involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente (el resaltado es nuestro).

1. 7. La inicial actividad investigativa del fiscal no se agota con la realización de actos urgentes e inaplazables destinados a establecer: i) si tuvieron lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; ii) asegurar los elementos materiales de la comisión del delito; iii) individualizar a las personas involucradas y asegurarlas debidamente; sino que a estos se aúna la finalidad de determinar si se formaliza la investigación preparatoria (decisión que se realizará como resultado de las diligencias investigativas realizadas, dando término a esta fase prejurisdiccional).

1. 8. Los actos urgentes e inaplazables a los que hace referencia la norma procesal van ligados al propósito ulterior o finalidad mediata –de ser el caso– de formalizar investigación preparatoria; por lo que tales actos no deben ser vinculados en estricto a un sentido temporal. Lo que resulta de una interpretación sistemática y teleológica del artículo trescientos treinta, incisos uno y dos del CPP. Categorizar lo urgente y necesario solo a un mínimo de tiempo, limitaría la actuación fiscal, afectaría su rol investigativo y el principio de derecho de seguridad jurídica.

1. 9. La regulación procesal penal establece que el fiscal puede desarrollar investigaciones comunes, complejas, e investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma. Es dentro de esta dinámica que adquiere sentido la interpretación antes señalada sobre lo "urgente o inaplazable", ello en función de que en cada caso en concreto el fiscal debe satisfacer los presupuestos del artículo trescientos treinta y

seis.uno del CPP para continuar con su investigación; de lo contrario, deberá archivar lo actuado.

1. 10. En los delitos de criminalidad organizada, por su impacto social, su peligrosidad y efectos en el contexto, la necesidad de la actividad indagativa es mayor, pues se debe realizar un tramado de diligencias especiales, recurriendo incluso a técnicas especiales de investigación[134], la propia complejidad de la criminalidad organizada deriva en que realice una pluralidad de actos especiales de investigación, es por ello que lo urgente o inaplazable no puede calificarse en su sentido temporal estricto.

1. 11. Hay que considerar que existen dinámicas criminales donde las estructuras mismas evolucionan y hacen más compleja su indagación, allí es donde el rol del fiscal, encaminado a obtener indicios reveladores de la existencia del hecho criminal (delito) y la individualización de un significativo número de personas, conforme al artículo trescientos treinta y seis.uno del CPP, se complejiza. Por ello no es lo mismo realizar actos urgentes e inaplazables en la investigación de un delito común, que en una investigación de crimen organizado (en el presente caso, por ejemplo, se materializan con elaboración de un informe financiero y contable respecto de los fondos recaudados en los eventos "Rifa fujimorista" y "cocteles o cenas fujimoristas" o la solicitud de información a entidades públicas como Registros Públicos, Municipalidad y notarías).

1. 12. Afirma el carácter que lo urgente e inaplazable tiene una connotación distinta en las indagativas de crimen organizado el que la propia norma señale "[..]) no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación [...]" (artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP), lo que en correlato con lo preceptuado en el artículo cinco, incisos uno y dos, de la Ley número treinta mil setenta y siete (Ley Contra el Crimen Organizado), afirma el sentido interpretativo que se fija.

1. 13. De ahí que lo afirmado por el casacionista respecto a que lo urgente e inaplazable en diligencias preliminares por crimen organizado solo debe vincularse al factor tiempo, y que todos los actos que se desarrollen

---

134 En la Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado, se contemplan, en el título II, capítulo II, las técnicas especiales de investigación, tales como: la interceptación postal, la intervención de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, el agente encubierto, acciones de seguimiento.

durante esta fase tengan dichas características, no determina que la Sala Penal Nacional haya inobservado el artículo trescientos treinta.dos del CPP.

SEGUNDO. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SUS POSIBLES AMPLIACIONES (ARTÍCULO TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO, APARTADO DOS, DEL CPP)

2. 1. EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LA INVESTIGACIÓN POR CRIMEN ORGANIZADO

2.1.1. La presente versa sobre el sentido interpretativo que se debe dar al artículo trescientos treinta y cuatro.dos, del CPP, que regula el plazo de las "diligencias preliminares", pues desde su vigencia (dos mil cuatro) existe un problema de interpretación normativa, dado que el legislador no ha fijado un baremo que determine cuándo finaliza esta actividad fiscal; y, al estar íntimamente vinculado a la necesidad de garantizar el derecho fundamental de la persona a ser investigado y juzgado en un plazo razonable, se precisa su tutela a fin de controlar el ejercicio arbitrario del mismo.

2.1.2. El artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP establece que "El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación".

2.1.3. Este precepto contempla un plazo ordinario referencial –de sesenta días– y un plazo distinto que se fija en función de las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. En este segundo caso, si bien el legislador ha optado por no precisar de manera cuantitativa el límite máximo del plazo de las diligencias preliminares, este Supremo Tribunal –tomando como referencia el plazo previsto en el artículo trescientos cuarenta y dos del CPP para la investigación preparatoria– ha establecido en las Sentencias Casatorias número cero dos-dos mil ocho-La Libertad, del tres de junio de dos mil ocho y número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce- Áncash, del once de

julio de dos mil trece135, que el plazo máximo de las diligencias preliminares (en las investigaciones comunes y complejas) no puede, en la hipótesis más extrema, ser superior al límite máximo de la duración de la investigación preparatoria.

2.1.4. Es de precisar que en su versión primigenia, el artículo trescientos cuarenta y dos del CPP, en sus incisos uno y dos, contemplaba para la investigación preparatoria únicamente dos plazos: uno común (de ciento veinte días naturales, prorrogable por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales) y otro para las investigaciones complejas (de ocho meses). Posteriormente, con la Ley número treinta mil setenta y siete (Ley Contra el Crimen Organizado), vigente desde el primero de julio de dos mil catorce, se modificó el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del CPP y se incorporó el plazo de investigación preparatoria de treinta y seis meses para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

2.1.5. Es claro que la falta de un plazo legal máximo para las "diligencias preliminares" de investigaciones comunes, complejos o de criminalidad organizada afecta el principio-derecho de seguridad jurídica; por ello, es necesario que estas se realicen siempre dentro de un plazo razonable (garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso), que no es el equivalente al plazo legal, sino que depende de las circunstancias particulares que presente cada caso.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que para determinar el plazo razonable en un caso concreto, se debe considerar la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales136. 2.1.6. El Tribunal Constitucional ha precisado, como doctrina de carácter

---

135 La Sentencia Casatoria número dos-dos mil ocho-La Libertad, en su fundamento jurídico décimo segundo, último párrafo señala: "[...] la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal", criterio que es reproducido en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia Casatoria número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce-Áncash.

136 Expediente número cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis-PHC/TC, del quince de febrero de dos mil siete, fundamento jurídico trece.

jurisprudencial137, que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: uno subjetivo, que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal; y otro objetivo, que está referido a la naturaleza objeto de los hechos de investigación, dentro de este –a juicio del Tribunal– cabe comprender la complejidad de los hechos a investigar. Considera que el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas o años, sino que tal razonabilidad inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso[138].

2.1.7. En efecto, el derecho al plazo razonable no solo permite el control de aquellos plazos latos y excesivos, sino también aquellos cortos, reducidos, que impiden sustanciar de modo debido la investigación. De ahí que la determinación del plazo razonable no puede establecerse considerando solo el transcurso del tiempo, sino que requiere una evaluación objetiva a partir de las circunstancias especiales que rodean cada caso en concreto.

2.1.8. Por ello, las diligencias preliminares orientadas a establecer la ocurrencia de los hechos y la delictuosidad de los mismos en una organización criminal (lo que advierte una infracción de especial gravedad) requieren para sus fines un plazo más lato y razonable, pues uno reducido o limitado impediría su adecuada conclusión.

2.1.9. El artículo cinco de la Ley número treinta mil setenta y siete señala:

> "1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el Fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación".

---

137 Ibídem, fundamentos jurídicos quince y dieciséis.

138 Expediente número dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC, del once de agosto de dos mil diez, fundamento jurídico nueve.

2. Para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta".

Una interpretación sistemática de los incisos uno y dos habilita en investigaciones de crimen organizado un plazo mayor para las "diligencias preliminares", ello en función de su propósito objetivo: los hechos de investigación.

2.1.10. Siguiendo las líneas interpretativas en las Sentencias Casatorias número dos-dos mil ocho-La Libertad y número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce-Áncash respecto a considerar como baremo el plazo máximo fijado en la investigación preparatoria; en el marco de una investigación a una organización criminal, el plazo máximo de las diligencias preliminares no debe superar los treinta y seis meses.

2.1.11. Tal plazo se justifica en atención a que una organización criminal, dada la dinámica de las conductas derivadas, puede requerir mayor plazo al previsto para las indagaciones de casos comunes o complejos, presenta mayores dificultades. Se exige una mayor inversión de recursos personales, logísticos, demanda un tiempo superior para investigarla, procesarla y juzgarla, a diferencia de otros procesos[139] y es necesario potenciar la eficacia de la persecución penal y no limitar la operatividad fiscal, en tanto es posible que decida técnicas especiales de investigación.

2.1.12. Ello no significa que el plazo máximo de treinta y seis meses deba ser utilizado en su integridad, pues en función del interés investigativo el fiscal puede optar por un plazo menor. La disposición que dicte el fiscal debe justificar la necesidad del plazo y la razonabilidad de las diligencias ordenadas.

---

139 Acuerdo Plenario Extraordinario número uno-dos mil diecisiete/CIJ-ciento diecisésis, fundamento jurídico ocho.

2.1.13. El grado de discrecionalidad del que está investido el fiscal para que lleve a cabo su investigación debe estar precedido del principio de interdicción a la arbitrariedad, pues su incumplimiento legitima que el investigado acuda al juez de Investigación Preparatoria instando su pronunciamiento (conforme con lo previsto en el artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP)[140].

2.1.14. En el presente caso, mediante Disposición Fiscal número uno, del trece de octubre de dos mil diecisiete se resolvió, entre otros: i) adecuar la investigación seguida al Partido Político Fuerza Popular y Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka a la Ley número treinta mil setenta y siete; ii) se establece como plazo máximo de las diligencias preliminares treinta y seis meses (tiene como fecha de inicio el veinte de octubre de dos mil quince); iii) amplía la investigación contra Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Jorge A. Trelles Montero y Augusto Mario Bedoya Camere.

2.1.15. Para dilucidar si el plazo máximo fijado por el fiscal, de treinta y seis meses, señalado para la actuación de la actividad investigativa se encuentra dentro de un plazo razonable, dado el criterio antes señalado (que considera la Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado), es de marcar que el suceso indagativo conforme a la disposición fiscal hace alusión a un conjunto de hechos en los que se apreciarían elementos indiciarios de una organización criminal con una aparente estructura de división de funciones; que los informes financieros permitirían inferir, en el estado de la investigación, que existiría una posible organización con división de funciones encargada de consignar aportes que no tendría sustento por parte del Partido Político Fuerza Popular. En tal mérito, esta disposición fiscal justifica la razonabilidad de la adecuación. Por lo demás, es de considerar que cuando la investigación se encuentra en su nivel inicial prejudicial, no es de requerir al fiscal en sus disposiciones el detalle concreto y acabado de los hechos a investigar, su propio nivel indagativo lo

---

[140] Art. Trescientos treinta y cuatro.dos CPP "[...] Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante."

impide. Más aún cuando se advierte la presencia de dos elementos necesarios para su investigación: una causa probable y búsqueda de la comisión de un ilícito penal.

2.1.16. En el presente caso, las diligencias preliminares se iniciaron el veinte de octubre de dos mil quince, el plazo razonable vencerá el diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, fecha en la que el fiscal determinará si formaliza la investigación preparatoria o archiva lo actuado.

2.2. EL PLAZO Y SU AMPLIACIÓN EN INVESTIGACIONES DE CRIMEN ORGANIZADO

2.2.1. La norma debe dar una respuesta integral a aquellas situaciones de relevancia social como el crimen organizado. La estructura del proceso penal inicialmente fue concebida desde una visión de procesos ordinarios y complejos sin considerar otros aspectos delictuales relevantes que ahora se advierten a través del crimen organizado.

2.2.2. Al ser las "diligencias preliminares" de regulación abierta, la Corte Suprema debe dar una respuesta jurisprudencial que solucione este vacío normativo.

2.2.3. Una de las características de la investigación es su progresividad, no es posible afirmar desde su inicio que el fiscal podrá proyectarse respecto a la integridad de las diligencias investigativas que llevará a cabo, pues el abanico de posibilidades indagativas no se advierte al iniciarse la diligencia preliminar. La estrategia fiscal debe decantar por usar un plazo inicial menor al de treinta y seis meses. Dentro de este marco temporal, es razonable su ampliación, la oportunidad será siempre previa al vencimiento del plazo inicialmente fijado.

2.2.4. Si la ampliación de las diligencias preliminares se realiza fuera del plazo inicialmente fijado, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal, conforme con el artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP[141]. En tal supuesto, los actos defectuosos, en mérito al principio de conservación, mantienen su validez.

---

141 Artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP. Los plazos que solo tienen como fin regular

2.2.5. En el presente caso, se advierte que hubo sucesivas ampliaciones, las cuales cuestiona la defensa del casacionista. Al respecto, se advierte que el fiscal provincial emitió la disposición del tres de julio de dos mil diecisiete, que ordenó "abrir" investigación, cuando se había vencido el plazo previo señalado; no obstante, el casacionista no solicitó control de plazo de manera inmediata sino con posterioridad. La ampliación del plazo, pese a encontrarse este vencido, conforme a lo señalado, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal a cargo de la investigación preliminar.

En el presente caso, dada la falta de diligencia en la actuación del fiscal, es al Ministerio Público al que le compete actuar disciplinariamente.

TERCERO. APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL AL HABERSE EMITIDO LA SENTENCIA CASATORIA NÚMERO CIENTO TREINTA Y CUATRO-DOS MIL DOCE/ÁNCASH, DEL TRECE DE AGOSTO DE DOS MIL TRECE

3.1. El casacionista señala que la Sala Penal Nacional se aparta de la Sentencia Casatoria número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash, del trece de agosto de dos mil trece, que preceptúa como doctrina jurisprudencial vinculante lo prescrito en el fundamento jurídico segundo, respecto a la prórroga de la investigación preliminar y si procede efectuarla pese a estar vencido el plazo fijado por el Ministerio Público.

3.2. La norma habilita a la Sala Penal de la Corte Suprema, bajo determinados supuestos, a declarar los efectos vinculantes de la sentencia casatoria, ello en armonía para consolidar la previsibilidad de las decisiones judiciales y potenciar su universalización interpretativa; por ello, la selección de un caso concreto del que se crea un precedente, afirma la seguridad jurídica e igualdad ante la ley, al brindar coherencia al sistema de justicia.

3.3. En el presente caso, el apartamiento del precedente casacional número ciento treinta y cuatro-dos mil once, del trece de agosto de dos mil trece, que se denuncia por parte de la defensa, establece que no cabe habilitación judicial del plazo y que al vencimiento del mismo no

---

la actividad de Fiscales y Jueces serán observados rigurosamente por ellos. Su inobservancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria.

corresponde el amparo de solicitudes de prórroga[142], sino continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso; por lo que, vencido el plazo de la investigación preliminar se "debe proceder con el requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento"[143] (conceptúa que opera la caducidad).

3.4. La regla del precedente casacional es la obligatoriedad de su aplicabilidad como sustento del derecho fundamental a la igualdad, lo que no limita su evolución ni desarrollo progresivo en atención a que debe responder a las necesidades y valores sociales. La adopción de un precedente o una línea de interpretación no puede tender al inmovilismo y a la fosilización judicial[144], el respeto al precedente no limita a precisar, aclarar, ampliar o corregir un entendimiento fijado como tal, sobre todo cuando opera un cambio social o de marco normativo.

3.5. En la casación cuyo apartamiento se cuestiona, se advierten dos considerandos:

Primer considerando: afirma que mediante Sentencia Casatoria número cincuenta y cuatro-dos mil nueve, del veinte de julio de dos mil diez, se estableció como doctrina jurisprudencial que las actividades del fiscal relacionadas al ejercicio de la acción penal no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo previsto en la ley, pues ello importaría la vulneración de normas constitucionales; además, el artículo ciento cuarenta y cuatro del CPP no permite que se declare la caducidad de la actividad del fiscal[145].

---

142 Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce, fundamento jurídico segundo: "De allí que frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público –en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación– no corresponda el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso como complejo. Asimismo, en aplicación del principio de la preclusión procesal".

143 Ídem. "En tal supuesto corresponde continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso. Así, en el caso del vencimiento del plazo de la investigación preliminar, el Ministerio Público debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento".

144 AARNIO, Aulis. Lo relacional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 127.

145 Considerando primero de la Sentencia Casatoria número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash.

Segundo considerando: no cabe la habilitación judicial del plazo, y frente al vencimiento del mismo no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga.

Conclusión: frente al vencimiento del plazo no corresponde la prórroga sino continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso; esto es, el Ministerio Público debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento.

3.6. La Sala Penal Superior señala que se aparta excepcionalmente de la sentencia casatoria porque no es clara y conceptúa que se trabajó bajo el supuesto de que el caso que promovió el recurso se encontraría en etapa de investigación preparatoria formalizada y no en diligencias preliminares.

3.7. De lo señalado corresponde poner en evidencia, en primer lugar, si los hechos son sustancialmente iguales o hay diferencias entre los casos.

3.8. La controversia tiene como sustento las diligencias preliminares llevadas a cabo en una investigación compleja; la presente versa sobre las diligencias indagativas en casos de crimen organizado (Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado, vigente desde el primero de julio de dos mil catorce), ambas no constituyen casos homólogos en su integridad, han sido emitidas en un periodo de cinco años, al resolverse la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash no se encontraba vigente la referida Ley número treinta mil setenta y siete; por lo que concluimos que los supuestos no son sustancialmente iguales.

3.9. Con relación a la caducidad de las diligencias preliminares por vencimiento del plazo ordinario, es del caso evaluar la *ratio decidendi* de la casación en cuestión. Así, de su primer considerando se extrae que amparándose en la Sentencia Casatoria número cincuenta y cuatro-dos mil nueve, del veinte de julio de dos mil diez, precisa que las actividades del fiscal relacionadas al ejercicio de la acción penal, no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo, criterio que se asume en esta casación.

3.10. La *ratio decidendi* de la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash se justifica en la Carta Magna, Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal; criterio que coincide con el sentido interpretativo que se da en la presente respecto de la no caducidad de la diligencia preliminar al vencimiento del plazo. Con la adición, en esta casación, de que si el plazo se venciera sin que se haya realizado ampliación, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal, conforme al

mandato de la norma previsto en el artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP.

3.11. Por ello, a falta de precisión de la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash, la Sala Penal Superior justifica las razones de su decisión (en estricto no hay tal apartamiento). El razonamiento propuesto de la distinción que se realiza –basada en los fundamentos precedentes– lleva a la precisión que se señala.

Por tanto, este motivo casacional también debe desestimarse y así se declara.

8. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

190

§190. La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura

Acuerdo Plenario	6-2012/CJ-116
Fecha	17 de marzo del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Neyra Flores
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 157°.1, 173°.2, 220°.5, 221°.1 y 232° del NCPP. y Resolución N° 729-2006-MP-FN.
Fundamentos jurídicos vinculantes	8° al 14°

RESUMEN:

La autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que ***el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual*** *–si correspondiere–* ***se realizaron los análisis forenses o periciales.***

Este aludido requisito de autenticidad, puede acreditarse de una de las cinco formas siguientes: 1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericia. 5. Cadena de custodia.

La cadena de custodia es, propiamente, ***un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos.***

DOCTRINA LEGAL:

8º. El NCPP no utiliza la expresión, de origen anglosajón, de "evidencia física", que es definida como todo elemento tangible que permite objetivar una observación. Se ha centrado en utilizar los términos propios del derecho euro-continental y de nuestro acervo de cultura del Derecho Procesal Penal que le es tributario. Es así que recurre a vocablos de hondo significado en nuestra dogmática procesal, tales como: 1. Cuerpo del delito. 2. Vestigios y huellas del delito; rastros, efectos y elementos materiales. 3. Objetos e instrumentos del delito. 4. Cosas o bienes relacionados con el delito. 5. Documentos privados y no privados, libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

Desde las indicadas referencias normativas se entiende, primero, que el NCPP toma como criterio de clasificación de la fuente de investigación o fuente de prueba –se acepte o no– la persona o cosa –o, "bien", en este último caso–, de donde se deriva el medio de investigación o de prueba, según el caso, para llegar a la distinción entre medios de investigación o de prueba personales, y medios de investigación o de prueba materiales o reales [FLORIÁN, I,1976: 184].

Segundo, que la noción "cuerpo del delito", por su concepción amplia respecto de la totalidad de diligencias de investigación, tendentes a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, comprende "[...] el conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito; así como también cualquier otra cosa o bien que sea efecto inmediato del mismo o que se refiere a él, de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba" [MANZINI, III, 1952: 500].

Con ello se intenta distinguir entre (i) la persona o cosa objeto del delito (como, por ejemplo, sería el cadáver en un delito de homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto), (ii) los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito (ejemplo, el revólver utilizado), (iii) los efectos relacionados con el delito, que serían las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (ejemplo, los objetos robados), y (iv) las piezas de convicción, que serían las huellas, rastros o vestigios –elementos materiales, en suma– dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos, y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor (ejemplo, el trozo de cristal en el que se asentaron las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ-CRUZ MARTÍN y otros, 2009: 232].

La Sentencia del Tribunal Supremo español, del seis de febrero de mil novecientos ochenta y dos, efectúa una clasificación moderna de "cuerpo del

delito". Así: 1. Cuerpo material del delito, sobre el que recae este. 2. Cuerpo accidental del delito, que se incorpora a los autos como piezas de convicción. 3. Cuerpo del delito por situación, que tiene relación con el delito, por el lugar, por estar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de terceros.

Lo expuesto revela la naturaleza heterogénea del cuerpo del delito, en cuanto es, al mismo tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación porque a través de él es posible averiguar importantes extremos relativos al hecho delictivo (e, incluso, indirectamente, relativos al delincuente). Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias de investigación de esta índole [ARAGONESES MARTÍNEZ y otros, 2002: 329].

2. La cadena de custodia

9º. Una norma de clausura del procedimiento de incautación y, especialmente, de aseguramiento del material incautado –el cuerpo del delito– para su debida autenticidad, es la prevista en el artículo 220, apartado 5, del NCPP, que instituye la denominada "cadena de custodia", a la que la dicha norma delega su desarrollo, a través de un Reglamento específico, a la Fiscalía de la Nación; en tanto se trata de actos de investigación o actos de prueba materiales, con entidad para esclarecer la comisión del delito e identificar y descubrir a su autor. El NCPP, sin embargo, delimita esa atribución reglamentaria, residenciada en la Fiscalía de la Nación, a normar el diseño y control de la misma, así como el procedimiento de seguridad, conservación y custodia de lo incautado (artículos 220, apartado 5, y 221, apartado 1 del NCPP). Además, como ya se ha precisado, en otras disposiciones el NCPP impone la necesidad de protección del lugar de los hechos, recogida del cuerpo del delito y levantamiento de las actas respectivas.

La Fiscalía de la Nación, mediante la Resolución Nº 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis, expidió el "Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias [sic] y administración de bienes incautados", cuya finalidad es la de establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, para garantizar la autenticidad y conservación del cuerpo del delito (artículo 2). La cadena de custodia está desarrollada en el Capítulo II del citado Reglamento (artículos 7 al 15).

10º. Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria, que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto

encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual –si correspondiere– se realizaron los análisis forenses o periciales, y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral. Ha de garantizarse que desde que se recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del órgano jurisdiccional, es lo mismo.

El aludido requisito de autenticidad, que responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal, puede acreditarse de una de las cinco formas de autenticación siguiente: 1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericia. 5. Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas, que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas (verbigracia, ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación, o del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías).

La cuarta es la pericia en la que el perito precisa que lo analizado es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió (al anterior y a este se les puede denominar, según el caso, "testigos" o "peritos de acreditación"). La última es la cadena de custodia [MORA IZQUIERDO y otra, 2007: 195-198].

Cabe acotar, sin embargo, que respecto a la autenticación el NCPP establece la necesidad del levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado –recogida del bien, cosa u objeto, y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito–. Su elaboración –a cargo mayormente de la Policía–, la búsqueda y recogida del cuerpo del delito, forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo español, del dieciocho de mayo de dos mil uno, fundamento jurídico cuarto) –y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito–, si cumplen los requisitos pertinentes –fijados mayormente por norma reglamentaria, aunque con una base legal con la

que se ha detallado en el parágrafo séptimo–, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación –ubicación, recogida e incautación–, a través de autoautenticación, marcación, testimonio o pericia.

11º. La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, "[...] se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor], tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral" [READI SILVA y otra, 2003: 23].

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento –con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto, a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados), hasta llegar a las instancias judiciales [la obligatoriedad de su presentación se advierte de lo dispuesto por el artículo 282.1 NCPP].

Por último, la cadena de custodia, como señaló el Tribunal Supremo español, en su sentencia del tres de diciembre de dos mil nueve, fundamento jurídico tercero:

"[...] la cadena de custodia es una fi gura tomada de la realidad, a la que tiñe de valor jurídico con el fi n de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia y, en su caso, se destruye" [MARCA MATUTE, II, 2010: 36]. Además, como recuerda la Corte Suprema de Costa Rica, "[...] la cadena de custodia no protege la cantidad ni la calidad de la prueba material sino

la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate" [Sala Tercera, Sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil siete].

12º. El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en "formatos de la cadena de custodia", que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito. La presentación de estos formatos evita la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada –el formato y documentos anexos– es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso USA vs. Howard-Arias, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelaciones del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio de autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [MUÑOZ NEIRA, 2008: 361-362].

3. Ruptura de la cadena de custodia

13º. La ruptura de la cadena de custodia –la presencia de irregularidades en su decurso– se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por el que transita el cuerpo del delito, se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito –organismos técnicos periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (artículo 173, apartado 2, NCPP) – o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.

14º. De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de esta forma, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, y que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, en otro sentido, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157, apartado 1, NCPP); de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley.

191

§191. Incautación

Acuerdo Plenario	5-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 102°, 200°.3, 203°, 218°, 219°, 220°, 221°, 222°, 223°, 254°.1, 259°, 316°.1, 317°.2, 318°, 319° y 320° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 15°

RESUMEN:

La incautación es, por una parte, ***una medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos*** *(función conservativa y probatoria); y, por otro,* ***una medida cautelar*** *(función de prevención y de impedimento de la obstaculización de la búsqueda de la verdad). Es utilizada para limitar las facultades de dominio sobre cosas relacionadas con el hecho punible, ya sea el caso de la incautación instrumental o de la incautación cautelar.*

La intervención judicial siempre es imprescindible en la incautación, *de forma que -cuando el peligro por la demora no sea urgente- se deberá contar con orden judicial previa. Sin embargo,* ***bastará con autorización fiscal cuando dicho peligro sea apremiante y cuando se trate de bienes objeto de decomiso;*** *Además,* ***la autoridad policial podrá actuar sin ella en caso de flagrancia delictiva.*** *Ello* ***no exime la responsabilidad de dar cuenta judicial inmediata en ambos supuestos,*** *puesto que no es posible utilizar como evidencia lo obtenido*

a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional

Si bien por lo general el Juez puede conceder la orden de incautación sin exigir la celebración de una audiencia, es posible que discrecionalmente decida la realización de una.

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales. Objeto de la incautación:

7°. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (artículos 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-), y como medida de coerción -con una típica función cautelar- (artículos 316° al 320° del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del Código Penal -en adelante, CP-.

8°. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra **(i)** los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

A. "Cuerpo del delito", además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que

recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas-.

B. Las "cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las "piezas de ejecución": medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas "piezas de convicción": cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

9°. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

10°. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

Régimen de la incautación:

11°. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

A. En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el artículo 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.

B. Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas "primeras diligencias"- requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina "peligro por la demora", en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera, la

efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis.

C. Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317° NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12°. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa, el Juez tiene aquí la primera palabra, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (artículos 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-.

Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales:

13°. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, parágrafo 10°, literal c)- o después de ella -regla general, parágrafo 10°, literales a) y b)-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto -de

nulidad absoluta e insubsanabilidad-, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse "inmediatamente" (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes-.

14°. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

Reexamen de la incautación:

15°. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó." (Sic.)

192

§192. Incautación y el decomiso: Devolución del bien incautado al propietario ajeno al ilícito

Casación	103-2016-PUNO
Fecha	17 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarrete.
Disposiciones estudiadas	Arts. 102°, 103°, 218°-223° del CP.

RESUMEN:

*Queda establecido que solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la **incautación o decomiso**, si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación; contrario sensu si el propietario de un bien incautado demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, entonces se trata de un tercero ajeno al ilícito que no prestó su consentimiento para su utilización, podrá solicitar la devolución del bien, el cual deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela.*

FUNDAMENTOS:

QUINTO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al procesado un marco

de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

5.2. En ese orden de ideas, la propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia señala que: "El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70° de la Constitución se reconozca que el "derecho de propiedad es inviolable" y que el "Estado lo garantiza". [STC. Exp. N° 03258-2010-PA/TC, Caso Torres Fernández, fundamento jurídico N° 2].

5.3. En ese sentido, el derecho de propiedad es un derecho fundamental de todo ser humano debidamente reconocido por nuestra Constitución Política, motivo por el cual el Estado debe proteger su goce y ejercicio en libertad. Sin embargo, todo derecho fundamental a pesar de su importancia encuentra ciertos límites y restricciones, pues en el caso del derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos establecidas por ley: la expropiación, incautación y decomiso. En el caso materia de casación resulta de interés determinar los límites del derecho a la propiedad respecto a las figuras de incautación y decomiso, que están reguladas por ley -Código Penal-.

5.4. Asimismo, la incautación es una de las limitaciones al derecho de propiedad, que está regulado en los artículos 218 a 223 del Código Procesal Penal; así también, ha sido materia de desarrollo en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ- 116, en el cual se ha precisado sus alcances, características y objetivos. Así, la incautación es una medida cautelar de carácter real, por lo que recae en el patrimonio del imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que, durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de las sentencias con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso.

5.5. Es de precisar que el Acuerdo Plenario antes señalado precisa en su fundamento jurídico N°9 que cuando se trate de:

i. Efectos del delito -son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc-.

ii. Instrumentos del delito -son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, el arma empleada, etc-, o;

iii. objetos del delito -son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc-; la incautación cautelar precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia -artículo 102 del Código Penal-.

5.6. El decomiso regulado en los artículos 102 y 103 de nuestro Código Penal, establece que el juez resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización o que exista un proceso autónomo para ello. En tal sentido, al ser esta medida jurídica un límite al derecho constitucional de propiedad merece ser dictado como toda decisión judicial debidamente motivada, pasando por un análisis, donde se verifique si resulta proporcional o no el comiso.

5.7. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) en los casos en que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigadora constituye una limitación ilegitíma en el derecho a la propiedad, por lo que corresponde su devolución." [Exp. N° 02989-2012 PA/TC, fundamento jurídico N° 7]. Asimismo, el Supremo Tribunal estableció que: "(...) solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo, los vehículos (...)" [Exp. N° 02989-2012PA/ TC, fundamento jurídico N° 8]

5.8. En ese sentido, queda establecido que solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la incautación o decomiso, si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación; contrario sensu si el propietario de un bien incautado demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, entonces se trata de un tercero ajeno al ilícito que no prestó su consentimiento para su utilización, podrá solicitar la devolución del bien, el cual deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela-. Asimismo, este Supremo Tribunal [STC N° 382-2013-PUNO] ha establecido como doctrina jurisprudencial, que los bienes -muebles o inmuebles- pese a ser efecto, instrumento u objeto del delito, si resultan legales y de propiedad de un tercero ajeno al ilícito cometido, deben ser devueltos de inmediato, salvo sean necesarios para la investigación, en cuyo caso su devolución se dará al finalizar el proceso.

193

§193. Reglas para la devolución del bien incautadoz

Casación	136-2015-CUSCO
Fecha	04 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mejía.
Disposiciones estudiadas	Arts. 217°-222° del NCPP; y art. 13° de la Ley 28008 (Delitos aduaneros)
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°, 14°, 26°, 27° y 28°.

RESUMEN:

Conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al juez de la investigación preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334º del Código Procesal Penal, y si lo apruebe, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al fiscal provincial su devolución y en caso negativo requerir al juez de investigación preparatoria un control de legalidad.

Pero si no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar con la documentación que sustente sus características.

Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo (en otra jurisdicción) por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento fiscal, ***no resulta conforme a ley la devolución del mismo****, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.*

FUNDAMENTOS:

I. ***Del ámbito de la casación.***

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y seis del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, del veintiuno de agosto de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: i) Establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, ii) Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

II. ***Del pronunciamiento de la Sala de Apelación.***

SEGUNDO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, argumenta que:

(i) La incautación en su acepción legal es la desposesión de los bienes por parte de la autoridad competente que se realiza por razones de haberse cometido un ilícito penal. Con relación al concepto de incautación realizado por la Corte Suprema de la República referido a la institución que se ha desarrollado en el nuevo Código Procesal Penal, se tiene que el Acuerdo Plenario 5-2010, lo preceptúa como una medida procesal realizada por un acto de la autoridad que limita

las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el delito, que tiene como finalidad evitar el ocultamiento de bienes sujetos a decomiso o el impedimento u obstaculización de la verdad. La incautación en el Código Procesal Penal ha sido asumida tanto en la Sección II referida a la Prueba, Título III Búsqueda de Pruebas y restricción de Derechos; Capítulo VI sobre la Incautación, artículos 218 al 223; como en la Sección III, sobre Medidas de Coerción; Título X la Incautación (medida de coerción real), artículos 316 al 320.

(ii) En el presente caso, la Fiscal en su alegato oral ha sustentado que estos mismos hechos han sido de conocimiento del Ministerio Público en la Carpeta Fiscal N°1036-2010-MP-PFSPA-C, de fecha 13 de Octubre del año 2010,mediante la cual la Primera Fiscalía Superior del Cusco, analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, pronunciándose por su confirmatoria.

(iii) Los hechos que amerita la denuncia por el Intendente de Aduana Cusco, son del 02 de mayo del 2014 e idénticos a los suscitados el 10 de julio del año 2010, y que generó la Carpeta Fiscal N°1036-2010, resultando evidente que ya han sido investigados y han merecido un pronunciamiento de fondo, mediante la Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC de fecha 20 de setiembre del año 2010,donde se ha concluido que no existe delito, que ha sido confirmado por el superior del Ministerio Público.

(iv) La defensa técnica del imputado manifiesta que el vehículo incautado es de su propiedad al haberlo adquirido de sus anteriores propietarios y progenitores Juan Sandía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, unidad motorizada que la destina al acarreo de materiales de construcción, conduciéndolo personalmente para luego ser intervenido por la PNP y de la Intendencia de Aduanas del Cusco el día 02 de mayo del 2014, solicitando su devolución, para que las investigaciones a nivel de fiscalía continúen y por ello recurrir al Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco para la procedencia de la devolución del vehículo incautado concluyendo su alegato final solicitando se confirme el auto recurrido.

(v) En consecuencia no existe fundamento fáctico ni legal para mantener vigente la incautación del vehículo, correspondiendo confirmar la apelada. Además en la investigación preliminar los hechos en contra del procesado han merecido el archivamiento definitivo con la autoridad de cosa decidida. III. Del motivo casacional

TERCERO: ***El primer motivo de casación admitido está referido a establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito***; pues en el presente caso, la Sala Superior confirma Resolución del veintiocho de octubre del dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo de Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco DEVUELVA en el día dicho vehículo, a mérito que el Ministerio Público dispuso la No procedencia de formalización y continuación de la investigación Preparatoria en contra de Eriks Franklin Andía Peceros y otros; no obstante, el segundo párrafo de la Ley 28008 (Delitos Aduaneros) prohíbe la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito de Contrabando, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros.

CUARTO. El Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez efectúa un desarrollo respecto a dos tipos de incautación:

i) la incautación instrumental, que se encuentra contenida en el artículo 218° del Código Procesal Penal, recaída contra bienes que constituyan cuerpo del delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; y

ii) la incautación cautelar, contenida en los artículos 316° y siguientes del Código Procesal Penal, que incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito.

QUINTO. En este sentido, debemos primero determinar cuál es la norma legal aplicable al caso concreto de esta fi gura de carácter eminentemente procesal. La incautación en el Código Procesal Penal (D.L. N°957) ha sido desarrollada en

los artículos 218° al 223° (como mecanismo de restricción de derechos), así como en los artículos 316° al 320° (medida de coerción real). De otro lado, tenemos también la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N°28008), que en su artículo 13°, modificado por el Decreto Legislativo N°1111 del 29 de junio 2012, desarrolla la institución de la Incautación para los casos de Delitos Aduaneros.

SEXTO. Así, el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal señala que: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...)." Lo cual se complementa con el artículo trescientos diecinueve del mismo texto cuando señala: "**a)** Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. **b)** Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fi n que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. **c)** Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279." Adicionalmente se tiene lo prescrito por el primer inciso del artículo trescientos veinte del mismo cuerpo legal, que refiere "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata."

SÉPTIMO. De otro lado, el Artículo 13° de la Ley N°28008 (Delitos Aduaneros) tiene relevancia para el caso concreto, cuyo tenor es el siguiente: "El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario. Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de

transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. (...)".

OCTAVO. Ambas normas jurídicas regulando la "Incautación", ya han sido abordadas por esta Sala Penal Suprema en la Casación N°342-2011-Cusco, señalando: "En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, **se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico**, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley".

NOVENO. En igual sentido esta Corte Suprema en el auto de calificación de casación 66-2011-Cusco, (15.08.11) ha señalado que: "se colige que la norma legal aduanera pone una restricción a la incautación de las mercaderías que constituyen objeto material del delito - referida al valor pecuniario de estas- por tanto, en el presente caso resulta evidente que el valor del vehículo incautado - camión, marca Mitsubishi, modelo Fuso, año mil novecientos noventa y seis - excede dicho monto, no resultando de aplicación la Ley de Delitos Aduaneros; a mayor abundamiento, debe precisarse que el artículo trescientos veinte inciso uno del Código Procesal Penal resulta concluyente al señalar que "...dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos...", por tanto, en los casos en que se haya dado

por finalizada la investigación preparatoria con la consiguiente declaración de archivo, los bienes que hayan sido materia de incautación deben ser devueltos en virtud a la norma procesal penal que tiene preeminencia, más aún si la forma y procedimiento al respecto se encuentra debidamente regulada en dicho Cuerpo Legal."

DÉCIMO. Así también, conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334 del Código Procesal Penal, y si lo apruebe, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al Fiscal Provincial su devolución y en caso negativo requerir al Juez de Investigación Preparatoria un control de Legalidad. La doctrina nacional reafirma, *"Como puede verse, en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13° de la Ley 28008, en cuanto estipula que el fi cal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la Investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los Jueces."*

DÉCIMO PRIMERO. En consecuencia, respecto a la incautación como institución procesal, para el caso en concreto, corresponde aplicar los artículos doscientos dieciocho al doscientos veintidós, así como también trescientos diecinueve y trescientos veinte, todos del Código Procesal Penal, por desarrollar mejor el procedimiento para la devolución de bienes incautados, y que autoriza un control por el Juez de Investigación Preparatoria.

DÉCIMO SEGUNDO. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fi n el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico. Por lo que, haciendo

tal interpretación de las normas glosadas, en el caso concreto debemos entender que ya sea porque variaron los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, o porque los bienes incautados ya fueron utilizados en la actividad investigadora; el Ministerio Público, o un interesado pueden solicitar ante el Juez de la Investigación Preparatoria el reexamen de la medida a efectos de que se ordene la devolución del bien incautado al imputado. Ahora bien, como señala el artículo trescientos veinte, se exige un especial requisito para la devolución del bien incautado a quien tenga derecho sobre él (caso del imputado) esto es, que haya sido dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, y que no se traten de bienes intrínsecamente delictivos.

DÉCIMO TERCERO. En este sentido se ha referido la Casación N°45-2012, cuando señala "Concluyendo, que el artículo trece de la ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal. Entonces se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la custodia del bien, no siendo este quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial"

DÉCIMO CUARTO. En el caso concreto, originalmente existió una disposición de no formalización y continuación de investigación preparatoria; archivo de la investigación que fue aprobado por el Fiscal Superior, pero actualmente por los mismos hechos existe una investigación en la Fiscalía Provincial de Arequipa, por lo que sigue en discusión si el carácter del bien es intrínsecamente delictivo, por lo que de haberse descartado definitivamente tal carácter del bien, la cosa decidida del Ministerio Público debe generar seguridad jurídica penal y real y por lo tanto la devolución definitiva del bien.

DÉCIMO QUINTO. El segundo motivo de casación admitido está referido a Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera. A efectos de determinar

si el auto recurrido se pronunció conforme a Derecho y por lo tanto devolver el bien DÉCIMO SEXTO. La interrogante de cuándo nos encontramos ante bienes intrínsecamente delictivos, obedece a un debate de naturaleza sustantiva, y no procesal como el caso de la incautación, por lo que hemos de remitirnos al Código Penal y a la Ley N°28008 de Delitos Aduaneros.

DÉCIMO SEPTIMO. El segundo párrafo del artículo 102° del Código Penal prescribe como una consecuencia accesoria del delito, que el Juez también dispone el decomiso de los "bienes intrínsecamente delictivos", los que serán destruidos. El artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros hace referencia a la prohibición de disponer la entrega o devolución de las "mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito".

DÉCIMO OCTAVO. El objeto del delito es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, pudiendo ser los sujetos pasivos, las cosas inanimadas o los animales mismos. Siendo en el presente caso el vehículo automotor referido a si su naturaleza es intrínsecamente delictiva.

DÉCIMO NOVENO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°28008, constituyen modalidades del delito de Contrabando las siguientes:

a) Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera.

b) Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes.

c) Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales.

d) Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero.

e) Intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

VIGÉSIMO. El tema de la delictividad intrínseca, sustancial o constitutiva de un bien, ya ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N°113-2013-Arequipa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (16.09.2014) señalando que: "*En el presente caso, el texto de la Ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida, no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos, no procede su restitución o devolución al procesado"*."

VIGÉSIMO PRIMERO. En igual sentido se pronuncia la Casación N°136-2013-Tacna de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (11.06.2014) cuando señala: "Analizando lo actuado se puede determinar que el bien objeto de la investigación resulta – en apariencia - ser intrínsecamente delictivo, dado que no existe concordancia en la ficha de inscripción registral, donde los datos consignados no concuerdan, por lo que dicho bien no es lícito al no contar con la documentación que sustente sus características. (...) Si bien el recurrente ha sostenido su pedido, en el principio de la fe registral y su adquisición como tercero de buena fe, no es posible amparar esa propuesta y dejar de lado que dicha adquisición se centra sobre un bien ilícito que no puede, por tanto, circular legalmente, más aun si se ha establecido que cuando un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Cabe indicar también que el procedimiento para la incautación de los bienes relacionados con delitos aduaneros posee una regulación particular en la ley de la materia, que debe ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos."

VIGÉSIMO SEGUNDO. En la Casación N°342-2011- Cusco de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (02.07.2013), se señaló que: "Si bien el peritaje determinó que las series del motor y chasis fueron regrabadas, y sumado a que la Procuraduría sostuvo que el vehículo ingresó al país sin el pago de Declaración Única de Aduanas-DUA; sin embargo, la parte agraviada no acreditó que la DUA con la que cuenta el vehículo sea falsa o haya sido utilizada por otra unidad, es más se encontró información coincidente con la DUA presentada, por lo que el hecho que el motor y chasis tenga una numeración regrabada, ello no está relacionado con la DUA; máxime si no está en cuestionamiento el ingreso del vehículo sin el pago respectivo".

VIGÉSIMO TERCERO. Debemos destacar que en el presente caso, el ingreso del vehículo sin el pago respectivo y la placa regrabada es lo que se pone en cuestión y fueron los motivos para proceder con la incautación del mismo, conforme a los hechos delictivos que continúan atribuyéndose por el Ministerio Público, cuya investigación continúa.

VIGÉSIMO CUARTO. De lo anotado precedentemente, debe entenderse que para el caso de vehículos, un bien resulta intrínsecamente delictivo de Contrabando cuando se presente cualquiera de los supuestos típicos descritos en el considerando Décimo Noveno.

VIGÉSIMO QUINTO. En el caso, tenemos que a pesar que se dispuso el archivo de la investigación por presunto delito de Contrabando en sede fiscal, sin embargo en la Disposición Fiscal Superior N°203-2014- MP-2FSPA-CUSCO quedo expresa mención que se dejaba a salvo el derecho del recurrente (SUNAT) para formular nuevamente su denuncia, motivo por el cual nuevamente procedió a formularla generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante la Disposición N°02 obrante a fojas 197 del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, se ordenó derivar los actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, señalando entre sus fundamentos: "Si bien es cierto, que en el presente caso, el vehículo objeto de investigación fue incautado por la Administración Aduanera en el Cusco, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Inciso 3 del Artículo 21° del Código Procesal Penal aplicable extensivamente a la etapa de investigación preliminar: "la competencia por razón de territorio se establece...: 3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito...", en este caso en la ciudad de Arequipa donde se realizó legalmente la primera inscripción en registros públicos. Del mismo modo, considerando que existen elementos de convicción del delito de Contrabando, pero que no se ha determinado el lugar de su comisión (por donde ingresó ilegalmente a territorio nacional), sin embargo se ha establecido

que los efectos del delito de Contrabando se produjeron en la ciudad de Arequipa, lugar en donde se logró la inscripción en los Registros Públicos de Arequipa con documentación presuntamente falsa, hecho del que además derivaría el delito de falsificación de documentos públicos, (...)".

VIGÉSIMO SEXTO. De lo que se colige que la licitud de la obtención del vehículo en mención sigue puesta a debate, no habiéndose desvirtuado aún la delictuosidad intrínseca del mismo, si es que para el Ministerio Público, que conduce las diligencias preliminares e Investigación Preparatoria Formalizada continúa en tal función, para que se establezca si efectivamente dicho bien constituye materia de contrabando, al haber sido presuntamente ingresado al territorio nacional vulnerando el control aduanero, y que no existe disposición fiscal definitiva que desvirtúe la comisión de un delito y que el bien no sea intrínsecamente delictivo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En ese sentido, para el caso de vehículo automotor descrito en "I. Fundamentos de Hecho", dentro del apartado "Itinerario de la causa en primera instancia", punto Primero, Placa de Rodaje V3J- 838, incautado por delito de contrabando, conforme a la descripción típica prevista en el artículo 2° de la Ley N°28008 –Ley de Los Delitos Aduaneros- conforme lo desarrollamos en el punto "II. Fundamentos de Derecho", considerando décimo noveno, resulta ser intrínsecamente delictivo, cuando las conductas se subsumen en cualquiera de las conductas típicas que prevé tal disposición.

VIGÉSIMO OCTAVO. El vehículo automotor del caso concreto cuenta con inscripción en registros públicos y viene siendo objeto de investigación en el Distrito Fiscal de Arequipa, por ser ahí donde se procedió a su inscripción, no cuenta con grabación original de chasis (regrabado) conforme al peritaje realizado; por lo que no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar con la documentación que sustente sus características. Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento Fiscal, no resulta conforme a ley la devolución del mismo, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.

194

§194. Precisiones sobre la Incautación

Casación	646-2014-SULLANA
Fecha	16 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 218° -225° y 316°-320° del NCPP, Ley N°28008.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	9° al 19°

RESUMEN:

Los supuestos de los artículos 319[146] y 320[147] del Código Procesal Penal no se contraponen a la Ley número 28008; al contrario, la complementan, pues regulan

---

[146] **"Artículo 319.- Variación y reexamen de la incautación**

a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

b) ***Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.*** (*)RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

c) Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279."

[147] **Artículo 320 Pérdida de eficacia de la incautación.-**

1. Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

2. La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar -cuando corresponda- el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas.

los supuestos en que el juez puede devolver los bienes incautados, por ello, sí está plenamente vigente en todo el país.

FUNDAMENTOS:

1. ASPECTOS GENERALES

PRIMERO. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de abril de dos mil quince -calificación de casación-, del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de una norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad. En ese sentido, debe desarrollarse doctrina jurisprudencial respecto al artículo trece de la Ley de Delitos Aduaneros que establece la prohibición de entregar o devolver los medios de transporte empleados para la comisión del delito, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga la devolución, dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros; en el sentido que no fue derogada tácitamente con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal contenido en el Decreto Legislativo Novecientos cincuenta y siete en el Distrito Judicial de Piura.

SEGUNDO. Se imputa que el veintidós de febrero de dos mil trece, a las catorce con diez horas, personal policial del escuadrón verde a la altura de la carretera Panamericana Norte (inmediaciones del ex peaje Piura Sullana y el Asentamiento Humano Villa Hermosa) intervino el vehículo de placa de rodaje número BOZ-novecientos diecisiete, camión marca JAC, de color azul y blanco, carrocería cisterna, de propiedad de la Empresa ROCARSIL E. I. R. L., que era conducido por Daniel Julio Tejada Briceño, verificándose que transportaba combustible petróleo en tres compartimentos acondicionados en su estructura, el mismo que hacia un aproximado de 3000 galones, al parecer de procedencia ecuatoriana, por lo que se determina la presunta comisión del delito de contrabando previsto en el artículo seis de la citada Ley.

2. FUNDAMENTOS DE LOS ACTOS PROCESALES RELATIVOS AL CASO

TERCERO. El Juez de la Investigación Preparatoria, al emitir su resolución que declara fundado el requerimiento de confirmación de incautación, se sustenta en que es necesario para el esclarecimiento del evento criminoso,

persiguiendo como única finalidad asegurar los elementos materiales de su comisión, Código Procesal Penal.

CUARTO. El Juez de la Investigación Preparatoria para declarar improcedente la solicitud de reexamen de la incautación, se basó en que la devolución de los bienes incautados en delitos aduaneros debe efectuarse cuando se expidan la resolución de sobreseimiento o absolución, lo cual no sucede en al caso, ya que como lo señala el fiscal, se trata de una investigación preparatoria aún en trámite.

QUINTO. Para revocar esta medida, la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en que:

i) La Fiscalía de la Nación, a través de su oficina de asesoría jurídica, expidió el oficio número 970-2013-MP-FN-OAJ, del veinticuatro de octubre de dos mil trece, que señala que el artículo 13 de la Ley 28008 se encuentra derogado por los artículos 316 al 320 del Código Procesal Penal.

ii) Es excesivo el contenido del artículo 13 de la Ley número 28008, en cuanto estipula que el fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, pues es la única autoridad que puede resolverlo, no es constitucional que se le otorgue facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito, que son competencia del Ministerio Público.

iii) La incautación se hizo bajo las normas del Código Procesal Penal, actos no regulados por la Ley número 28008., por lo que solo puede aplicarse esta última.

iv) El vehículo fue utilizado para actos aparentemente legales, el fiscal señala que sobre el vehículo no se realizará ningún acto de investigación, solo cuestiona la no devolución del bien por la prohibición de la ley 28008; es decir, no contradice la argumentación fáctica de la variación de la medida de incautación, por lo que, se debe entregar a su propietario o representante legal; además que no podrá ser objeto de posterior decomiso, en tanto no se encuentra incorporada como persona jurídica la empresa ROCARAIL E. I. R. L., siendo de aplicación el inciso 3 del artículo 318 del citado Código, esto es, la entrega provisional del vehículo bajo reserva de una reversión hasta la conclusión del proceso penal, previa caución.

SEXTO. El Procurador Público Ad Hoc adjunto de SUNAT al interponer su recurso de casación, obrante a fojas ciento noventa y ocho, alega que:

i) Es legítimo incautar los bienes hasta que se expida la sentencia.

ii) La Corte Suprema en la casación número 273-2011 reconoce la regulación de la ley 28008, así como el procedimiento de incautación y devolución, que no ha sido derogada.

iii) No habiéndose acreditado la vulneración del derecho al trabajo que conlleve a la variación y reexamen de la medida provisional, debe confirmarse la improcedencia.

iv) Solo procede la variación y reexamen a los propietarios de buena fe y a quien no haya intervenido en el delito. v) Al no haber sobreseimiento ni absolución no se cumplen los presupuestos para devolver el bien incautado.

vi) No se modificó la situación que generó la incautación.

vii) Es de aplicación el artículo ciento sesenta y cuatro de la Ley de General de Aduanas que establece sus facultades y atribuciones.

3. LA VIGENCIA DE LA LEY NÚMERO 28008

SÉPTIMO. Como señala el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la ley se deroga sólo por otra ley. Esta se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

OCTAVO. En el presente caso no existe una norma que expresamente declare tal situación, por lo que corresponde analizar la compatibilidad entre la Ley 28008 y las normas que regulan la incautación del Decreto Legislativo número 957.

NOVENO. La Ley 28008 en su artículo 13 de su Capítulo I, Título II, modificado por el Decreto Legislativo número 1111, del veintinueve de junio de dos mil doce, regula la incautación en caso de delitos aduaneros, en el caso específico de la devolución de los bienes incautados señala:

"El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías (...) los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías (...), en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento

proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos.

La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías (...), alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías (...).

DÉCIMO. Las reglas que establece son claras: i) La incautación ordenada por el fiscal será custodiada por la Administración Aduanera. ii) Esta situación se mantiene hasta que se emite auto de sobreseimiento, sentencia que ordene el decomiso o se disponga su devolución al propietario. iii) En caso que el fiscal decida no promover la acción penal corresponde a la Administración Aduanera evaluar la devolución.

DÉCIMO PRIMERO. Decreto Legislativo 957 presenta dos regulaciones: sobre incautación probatoria, la de los artículos 218 al 225 y la cautelar de los artículos 316 al 320.

DÉCIMO SEGUNDO. En el primero caso, sobre la devolución de bienes, señala el artículo 222:

"El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado. Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria".

DÉCIMO TERCERO. De ello se advierten las siguientes reglas:

i) Fiscal o policía pueden devolver los bienes incautados: a) Al agraviado o terceros. b) Si fueron utilizados en la investigación. c) Al imputado si aquellos no tienen relación con el delito. ii) Si el fiscal no accede a la devolución, el afectado podrá acudir al juez.

DÉCIMO CUARTO. En cuanto a la incautación cautelar señala el artículo 319:

"Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.

Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279".

En el artículo 320 señala:

"Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar -cuando corresponda- el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas".

DÉCIMO QUINTO. De ello se advierten las siguientes reglas: i) El juez puede dejar sin efecto la incautación: a) Si varían sus presupuestos. b) El afectado es propietario de buena fe y no ha intervenido en el delito investigado. iii) En caso de absolución, sobreseimiento o archivo, los bienes se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o deben garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas".

DÉCIMO SEXTO. De lo expuesto se advierte que la norma aduanera se dirige al fiscal, así como lo hace el artículo 222 del Código Procesal Penal. Sin embargo, los artículos 319 y 320 del mismo cuerpo normativo se dirigen al juez. Se debe dejar claro que estas normas no son incompatibles, se complementan, pues en ambas regulaciones se señala que la incautación se mantiene hasta el sobreseimiento o absolución.

DÉCIMO SÉPTIMO. Sin embargo, la regulación de la Ley 28008 no regula todos los supuestos de la actividad del juez. Es decir, los supuestos del considerando décimo quinto de los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal no se contraponen; al contrario, la complementan, pues regulan los supuestos

en que el juez puede devolver los bienes incautados; por ello, sí está plenamente vigente, en todo el país.

DÉCIMO OCTAVO. Anteriormente, la Casación número 342-2011-Cusco, del dos de julio de dos mil trece, expedida por la Sala Penal Permanente de esta Corte Suprema, refirió que el artículo 13 de la Ley 28008 no abarca todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos. El fiscal debe solicitar la confirmatoria de incautación ante el juez, quien en uso de sus facultades podrá confirmar la medida o entregar el bien ya sea al agraviado, imputado, terceros o incluso entregar en custodia a la administración aduanera, de acuerdo a cada caso concreto.

DÉCIMO NOVENO. Además, esta Corte Suprema ha dilucidado conflictos entre ambas normas, lo que deja claro la vigencia de Ley 28008, como ocurrió en el Auto de calificación de casación número 66-2011-Cusco, de quince de agosto de dos mil once Casación número 342-2011-Cusco, del dos de julio de dos mil trece, Casación número 45-2012-Cusco, del trece de agosto de dos mil trece, Casación número 273-2011-Cusco, del veintinueve de enero de dos mil trece, Casación número 113-2013-Arequipa, del dieciséis de septiembre de dos mil catorce, Casación 136-2013-Tacna, del once de junio de dos mil catorce, Casación número 139-2011-Cusco, del diez de abril de dos mil doce, entre otros. En ese sentido, la referencia al oficio número 970-2013-MP-FN-OAJ citado que señala que la norma está derogada, no es vinculante, más cuando el juez es quien dicta el derecho.

195

§195. Devolución de bienes incautados a terceros ajenos al ilícito

Casación	382-2013-PUNO
Fecha	10 de marzo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 494° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	18°

RESUMEN:

Si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela

FUNDAMENTOS:

IV. Del ámbito de Casación:

SÉTIMO: En efecto, conforme se estableció por Ejecutoria Suprema del catorce de marzo de dos mil trece -fojas ciento once del cuaderno de casación-, este Supremo Tribunal al encontrar interés casacional en el tema planteado por el recurrente VIACAVA GAMBOA, conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete y el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos, declaró casación de oficio para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, para

realizar una correcta interpretación sobre el tema de: la incautación de bienes – muebles o inmuebles- que hayan sido utilizados por terceros en un acto criminal, sin que los propietarios de los mismos tuvieran conocimiento alguno de estas actividades.

V. Derecho a la propiedad:

OCTAVO: La propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia lo define como:

"El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económicosocial. De ahí que en el artículo 70.° de la Constitución se reconozca que el "derecho de propiedad es inviolable" y que el "Estado lo garantiza". STC. Exp.N°03258-2010-PA/ TC, *Caso Torres Fernández, fundamento jurídico N°2*

NOVENO: Asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente N°05614-2007-PA/TC, ha descrito brevemente las características fundamentales del derecho a la propiedad:

a) **Un derecho pleno**, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos.

b) **Un derecho irrevocable**, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

DÉCIMO: Como se ha visto, al tratarse de un derecho fundamental de todo ser humano debidamente reconocido por nuestra Constitución Política, el Estado debe proteger su goce y ejercicio en libertad. Todo derecho fundamental a pesar de su importancia encuentra ciertos límites y restricciones; en el caso de derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos, establecidos constitucionalmente: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser

proporcionales, y d) hacerse con el fi n de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

DÉCIMO PRIMERO: Dentro de las limitaciones al derecho de propiedad, establecidas por ley encontramos expropiación, incautación, decomiso; fi guras jurídicas que bajo distintos supuestos restringen temporal o permanentemente el derecho a la propiedad. En el caso materia de casación resulta de interés determinar los límites del derecho a la propiedad respecto a las fi guras de incautación y decomiso, ambas fi guras jurídicas legalmente establecidas por ley - Código Penal-.

VI. Incautación y Decomiso

DÉCIMO SEGUNDO: Como se señaló precedentemente, la incautación es una de las limitaciones al derecho de propiedad, se encuentra regulado en los artículos 218 a 223 del Código Procesal Penal; asimismo, ha sido materia de desarrollo en el Acuerdo Plenario N° 5 -2010/CJ-116, en el cual se precisaron los alcances de la incautación, características y objetivos. La incautación es una medida cautelar de carácter real, por lo que recae en el patrimonio del imputado o en todo caso sobreviene jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de las sentencia con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso. (NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, pg. 491).

En el mismo sentido la jurisprudencia define a la incautación como una medida procesal, que presenta una configuración jurídica dual: i) como medida de búsqueda de pruebas y restricciones de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- y ii) como medida de coerción -con una típica función cautelar-. (Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, fj. N° 7).

DÉCIMO TERCERO: El citado Acuerdo Plenario precisa en su fundamento jurídico N° 9 que cuando se trate de : i) efectos del delito –Son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.-, ii) instrumentos del delito –Son los objetos que, puestos en relación de medio a fi n con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, el arma empleada, etc.- , o iii) objetos del delito –Son las cosas materiales sobre las

que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc-, la incautación cautelar - artículo 316, inciso uno del Código Procesal Penal- precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictara en la sentencia -artículo 102 del Código Penal-.

DÉCIMO CUARTO: El decomiso es considerado dentro de nuestro Código Penal artículos 102 y 103, como una consecuencia accesoria a la pena, que deberá resolverse por el Juez, salvo que exista un proceso autónomo para ello. Sin embargo, al ser esta medida jurídica un límite al derecho constitucional de propiedad merece ser dictado como toda decisión judicial debidamente motivada. La decisión judicial de decomisar un efecto, instrumento u objeto del delito debe pasar por un análisis, donde se verifique si resulta proporcional el comiso.

DÉCIMO QUINTO: En aras de dotar de proporcionalidad a la fi gura jurídica de comiso, el Código Penal regula en el artículo 103, el decomiso facultativo: "Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, no sean de ilícito comercio y su valor o guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente."

La citada norma prevé la posibilidad que el Juez bajo el supuesto de tratarse de efectos o instrumentos del delito cuya circulación o transmisión en el ámbito de los negocios o comercio no se encuentran prohibidas por las leyes y reglamentos, se prefiera el derecho a la propiedad y no se decomise.

DÉCIMO SEXTO: En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, en el fundamento jurídico N° 15 precisa lo ya señalado por el Código Procesal Penal en el inciso 2 del artículo 319, *referido a que: el tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fi n de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad.*

DÉCIMO SÉTIMO: El derecho a la propiedad como se señaló puede limitarse bajo determinados supuestos legalmente establecidos, que encuentran su fundamento en una necesidad nacional, o como una medida de seguridad general; sin embargo, siempre debe analizarse la proporcionalidad de la medida, es por ello que el Tribunal Constitucional señala:

"(...) en los casos en que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigadora constituye una limitación ilegitima en el derecho a

la propiedad, por lo que corresponde su devolución." Exp. N° 02989-2012PA/TC, fundamento jurídico N° 7.

Asimismo el Supremo Tribunal señala:

"(...) solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo los vehículos (...)"Exp.N° 02989- 2012PA/TC, *fundamento jurídico N° 8*

DÉCIMO OCTAVO: Por lo señalado precedentemente se puede afirmar que el derecho a la propiedad solo puede limitarse bajo supuestos legalmente establecidos, como en efecto lo es la incautación, y posteriormente de ser necesario el decomiso; sin embargo al tratarse de la limitación -permanente, o temporal en el mejor de los casos- de un derecho constitucional, debe proceder a verificar ciertos supuestos -¿quién es el propietario del bien?, ¿el propietario del bien, intervino en el ilícito?-, y realizar un análisis para dictar una decisión acorde a ley y proporcional.

Es así que *prima facie,* tal como lo establece el Tribunal Constitucional **solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la incautación,** si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación. Con mayor razón, el decomiso al ser una consecuencia accesoria del delito solo corresponderá aplicarse si el bien -sujeto a posible comiso- es de propiedad de uno de los responsables penales del ilícito investigado.

Por lo tanto, si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela-. En todo caso la limitación al derecho de propiedad del tercero ajeno al delito, nunca será de manera permanente, eventualmente se dictará temporalmente por razones de investigación del delito, pero siempre con una debida motivación que demuestre la proporcionalidad de la medida.

196

§196. Prolongación del registro personal en las actuaciones procesales

Casación	253-2013-PUNO
Fecha	20 de noviembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Artículos 210 inciso 1, 427° inciso 4 y 429° inciso 3 del NCPP.

RESUMEN:

Existen situaciones no previstas por la norma pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal: a. Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo. c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro. Ahora bien, cuando concurran alguno de los citados supuestos y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro. Además, ***el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización***

FUNDAMENTOS:

2.2. RESPECTO AL REGISTRO DE PERSONAS

2.2.1. El registro de personas está regulado en el artículo 210 del Código Procesal Penal, normatividad que presenta los supuestos requeridos para su procedencia; así, el inciso 1 del referido artículo precisa: *"La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización e invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien es presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones"*. En esa línea, siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito.

2.2. 2. La referida restricción encuentra sustento, en primer lugar, en que la prolongación del registro puede contribuir a la desvinculación del citado bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa a dicho registro y el registro mismo. En segundo lugar en que la prolongación del registro personal puede traer a colación argumentos referentes a que pudo ser un tercero quien puso el bien registrado al intervenido, en lenguaje sub estándar: "siembra", mermando la fuerza probatoria del registro.

2.2.3. La prolongación del citado registro puede ser viable solo si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público -a excepción de los casos de flagrancia-. No obstante, puede ocurrir que aun cuando se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no concurran garantías necesarias para practicar el registro, pues éste debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, ello en concordancia con el numeral 2 del artículo 210 del Código Procesal Penal, el cual precisa *"El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación"*.

2.2.4. Además, existen situaciones, no previstas por la norma, pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal:

a. Cuando n existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Publico y de los efectivos policiales que participan en el registro.

b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo.

c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro.

2.2.5. Ahora bien, cuando concurra alguno de los supuestos referidos en el considerando precedente y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro, siendo de aplicación extensiva lo previsto en el artículo 240 del Código Procesal Penal. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

197

§197. Incautación de bienes producto del contrabando. Cuando no se determine la procedencia lícita de bienes incautados, estos no se devolverán al imputado luego del sobreseimiento

Casación	113-2013-AREQUIPA
Fecha	16 de setiembre del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Morales Parraguez.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 320° NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	13°, 14°, 15° y 16°

RESUMEN:

Nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito *(por ejemplo obtener un gasto deducible de la determinación de la base imponible del Impuesto a la Renta como consecuencia de un delito ocasionado por su falta de previsión o diligencia). La ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial.*

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO TERCERO: Es pertinente realizar alguna precisiones sobre la casación, en razón de que en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación como medio de impugnación es de carácter especial y extraordinario; un recurso singular que permite acceder a la Sala Penal de la Corte Suprema con cognición especial, sobre los vicios en la resolución por infracciones normativas que indicen

en la decisión judicial, que en este caso concreto están referidos a interpretaciones erróneas de normas de derecho procesal. En este sentido la casación tiene entre sus finalidades. 1. Función nomofiláctica adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo al caso concreto, 2) Función unificadora, orientada a la unificación o uniformidad de la jurisprudencia nacional por la corte suprema de justicia (artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley numero 29364 publicada el 28 de mayo 2009). 3. Y, la función dikelógica o buscar la justicia en el caso concreto, en tanto que la justicia es la razón de ser de la actividad jurisdiccional conforme se desprende de la primera parte del artículo 138° de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO CUARTO: En el presente caso, la cuestión es establecer si un órgano jurisdiccional podría devolver un bien que por sí mismo constituye el objeto material del delito, que en el caso que nos convoca se trata de un vehículo clonado. Al respecto, esta Suprema Instancia considera que para dar solución a esta cuestión debe utilizarse ciertos criterios como el fin dikelógico de la casación, a fin de evitar que los jueces, mediante sus decisiones, generen impunidad cuando exista un delito, o arbitrariedad frente a una conducta que no es penalmente reprimible ni perseguible, lo que quiere decir, que sería desacertado que un bien directamente relacionado con el hecho delictivo sea devuelto o entregado a la persona quien la utilizo para perpetrar su ilícito proceder.

DÉCIMO QUINTO: El legislador no previó ni se proyectó al supuesto de que un sobreseimiento solicitado por el fiscal y amparado por el juez, generaría como consecuencia la devolución del bien incautado (Vehículo clonado), en tanto la conducta del encausado Luis Jhon Guevara Soto por delito de contrabando dejó de ser considerado un ilícito penal por razón de la cuantía del bien incautado ante ello este colegiado Supremo considera que existe una deficiencia de la ley a fin de resolver la cuestión planteada.

Frente a este panorama el Juez debe optar por una decisión en que la justicia prevalezca frente a una deficiencia de la Ley, es así que nuestra constitución Política del estado en su artículo 139° inciso 8, señala: "El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario", superando así el principio **non liquet**, cuya fórmula fue utilizado por los jueces medievales para expresar que no encontraban solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual **los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar** (impartir justicia), debiendo para tal efecto emplear métodos de interpretación jurídica en casos de oscuridad o

laguna legal, esto es que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

El criterio a utilizar a fin de dar solución a la cuestión formulada y, atendiendo a la precedentemente expuesto, el profesor Ronald Dworkin en el caso Riggs & Palmer, en la Corte Suprema del Estado de Nueva York, tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesino a su abuela para que este no cambiara su testamento, se basó sus decisión en el principio del cual "nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito". Este principio, aclara Dworkin es parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado. Un principio no busca alcanzar ninguna meta económica, política o social, sino satisfacer la justicia y la moral; un principio no es una regla, no establece una solución o respuesta definida, no impide que el mismo principio inspire soluciones distintas y no hay contradicción en que principios opuestos convivan, y a veces uno prevalezca sobre el otro. A los principios no se les aplican la noción de validez, dice Dworkin, un principio no es válido ni invalido sino que tiene peso o gravitación en un caso en concreto, y así, es posible que un principio prevalezca sobre otro en un juicio, sin que ello significa que el principio opuesto haya sido violado; simplemente el juez decidió que en ese caso uno de los principios tenía más peso. Esto no puede suceder con las reglas porque si hay dos reglas opuestas una de ellas es inválida.

DÉCIMO SEXTO: En este mismo sentido, este Colegiado Supremo considera que en el presente caso estamos ante un hecho similar al señalado precedentemente (Riggs & Palmer), pues **la ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra de un manto de legalidad a través de una decisión judicial;** en consecuencia, esta Suprema instancia observa que la ley procesal penal, en un nivel infraconstitucional ordena la devolución del bien incautado (vehículo clonado), que constituye el objeto material del delito de contrabando, despenalizado a través del Decreto Legislativo N° 1111, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 29 de junio de 2012 y, ello no debe hacerse efectivo en tanto el espíritu de la ley procesal penal no ha considerado al momento de ordenarse el levantamiento de las medidas coercitivas, que el mencionado bien materia del delito (vehículo clonado), sirvió para que se configurara el delito de contrabando. Proceder en sentido contrario, es decir, devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el ordenamiento procesal penal vigente, constituiría una mera interpretación literal, la que nos alejaría de una solución con criterio de justicia.

A manera de recapitulación podemos señalar que, en el presente caso no estamos ante un vacío o laguna de la ley sino ante una deficiencia de la misma,

y la interpretación ante esta deficiencia tiene que ser corregida por el juzgador intérprete, y con ello cumplir el fin teleológico de la ley a fin de no generar impunidad o arribar a una decisión injusta. En el presente caso, el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en una acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que éste sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su licita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, SUNAT; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal cuando establece que *"tratándose de bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado"*.

198

§198. Incautación de Vehículos

Casación	136-2013-TACNA
Fecha	11 de junio del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Cevallos Vegas
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 71° y 218° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	3.4°, 3.6°, 3.10° y 3.11°.

RESUMEN:

La SUNAT-ADUANAS, parte agraviada, mantenía incautados bienes de propiedad del investigado en el marco de un proceso penal, los aspectos procedimentales trascendentes para el presente análisis son los siguientes: Mediante Resolución N° 1 (11.03.2011), el III Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró fundado en parte el requerimiento de confirmatoria de incautación solicitado por el representante del Ministerio Público, respecto de 193 vehículos incautados por presunto ingreso ilegal al territorio nacional por la empresa Autocraft Perú SRL. Esta decisión fue impugnada por la empresa afectada por la medida y por el Ministerio Público; siendo que la Sala Penal de Apelaciones declaró fundada la oposición al requerimiento de confirmatoria de incautación y desaprobó en su totalidad el acta de incautación de fecha 3 de Febrero de 2011, por considerar que no existen indicios de criminalidad, al no haberse acreditado mínimamente que los bienes importados tengan naturaleza ilegal que justifique la medida de incautación.

FUNDAMENTOS:

3.4. La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v. gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos). Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02- 2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de 1 Acuerdo Plenario Penal N° 04-2010/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 11. la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

3.10. En ambos casos, el legislador ha establecido como imperativa la obligación del Ministerio Público, debe recurrir al órgano jurisdiccional para la expedición de la resolución confirmatoria, lo que evidencia que la medida, ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, los juzgados que evalúen dichos requerimientos deberán revisar no solo el plazo en el que es presentado el requerimiento, sino además y con mayor rigor, la proporcionalidad de la medida, la existencia efectiva de elementos de convicción

que acrediten la relación con un evento delictivo, la fundamentación suficiente en la que se haga distinción en el tipo de incautación, la necesidad de la misma y los efectos sobre derechos del titular de los bienes.

3.11. De ser el caso que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, este escenario hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual los bienes que han sido objeto de intervención por la Policía o Ministerio Público, deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios, esto no solo reduce al mínimo la afectación al derecho de propiedad, sino también garantiza que terceros que nada tuvieron que ver en el evento delictivo se vean afectados injustificadamente por la medida. Los efectos del incumplimiento de la presentación o la presentación tardía del requerimiento de confirmatoria de incautación, solo acarrearán responsabilidad administrativa del fiscal encargado, pero en ningún caso la nulidad de la materialización de la medida. De darse esta circunstancia el titular del bien, que verifique la falta del requerimiento de confirmatoria, podrá recurrir en principio ante el fiscal encargado y al no obtener respuesta o obtener una negativa, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, quien deberá evaluar las circunstancias con citación del fiscal y resolver lo que al caso concreto atañe.

199

§199. El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado

Casación	45-2012-CUSCO
Fecha	13 de agosto del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 222° y 218°.2 del NCPP. y el art. 13 de la LDA.

RESUMEN:

En virtud de la expresa y clara división de roles que nuestro Código Procesal Penal establece entre la función de investigación del Ministerio Público y los poderes de control de los jueces de la etapa de investigación como es la vigilancia al Fiscal y a la Policía con el fin de garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación. Se colige, entonces, que los vehículos incautados quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal hasta que se expida el auto de sobreseimiento o sentencia firme que ordene su devolución, si ese es el caso; esto quiere decir que ***el Juez es el único quien determina el futuro del bien incautado.***

ESTABLECIERON *como doctrina jurisprudencial que los vehículos incautados que quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, confirmando por el Juez de la Investigación Preparatoria, debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; siendo el Juez el único facultado para reexaminar y disponer de la devolución del bien; de acuerdo a cada caso concreto.*

FUNDAMENTOS:

III. Sobre desarrollo de doctrina jurisprudencial

III.1. A fin de establecer si los vehículos incautados se deben quedar bajo custodia de la Administración Aduanera hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; y por tanto sea el Juez quien reexamine y disponga la devolución del bien.

III.2. Al respecto, es del caso anotar que el artículo décimo tercero de la Ley de Delitos Aduaneros señala que: *"El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la administración aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria, proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario (...)"*. Esto es, el referido artículo regula la incautación y secuestro de aquellos bienes que constituyan objeto de delito, y el procedimiento respecto a la custodia del mismo por parte de la administración aduanera, así como la posibilidad de su decomiso o devolución, luego de emitida una resolución firme en cada caso concreto.

III.3. De otro lado, debemos nuevamente analizar los artículos procesales relacionados con la norma anterior, como son el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal, que señala: *"El fiscal y la policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito* (...)". Este artículo prevé que tanto el Fiscal como la Policía tienen la facultad de devolver los objetos incautados a los agraviados, terceros o incluso al propio imputado, si no tuviera relación con el delito, disposición que debe ser puesta obligatoriamente en conocimiento al Juez de la Investigación Preparatoria; lo acotado guarda concordancia con lo previsto en la parte in fine del segundo numeral del artículo doscientos dieciocho del mismo cuerpo legal que precisa que en todos los casos –relativo a la incautación sin pedido expresó al Juez cuando existe flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un ilícito- el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

III.4. En ese sentido, se tiene que ambas normas precitadas, colisionan entre sí, pues mientras el primer enunciado estrictamente requiere que se haya emitido una resolución firme, ya sea de sobreseimiento, sentencia absolutoria o condenatoria, para que se determine la suerte del bien incautado –sea una orden de decomiso o la devolución del mismo-; el segundo enunciado se refiere a la facultad de devolver el bien, cuando ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria, empero, tiene concordancia con el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal; existiendo un evidente conflicto normativo pues ambas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho, razón por la cual esta Suprema Instancia, mediante la Casación número trescientos cuarenta y dos –dos mil once[148], estableció: *"En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley."*

III.5. Concluyendo, que el artículo trece de la Ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal.

---

148 Sentencia de Casación N° 342-2011, Sala Penal Permanente, del 02 de julio de 2013.

III.6. Entonces, se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la *"custodia del bien"*, no siendo éste quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamine y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial.

200

§200. El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión

Recurso de Nulidad	3396-2010-AREQUIPA
Fecha	21 de febrero de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Villa Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts 190° y 392° del CP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

Al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste.

FUNDAMENTOS:

Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención "depositario" – condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación

jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso–"; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor..., se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal–; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas".

9. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

201

§201. Prolongación de la prisión preventiva. No existe la prórroga de la prisión preventiva

Casación	147-2016 – LIMA
Fecha	6 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 274° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	2.2.4°, 2.3.11° y 2.4.2°.

RESUMEN:

La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal, por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado,

FUNDAMENTOS:

2.2. DEL MOTIVO CASACIONAL DE OFICIO: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

2.2.3. La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal. Así lo ha considerado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación N°03-2015 "22" -Caso Torrejón Guevara- sobre prisión

preventiva, resuelta el nueve de junio de dos mil dieciséis y el Pleno Jurisdiccional Penal Procesal Penal realizado en Chiclayo el veintitrés y veintisiete de junio de dos mil quinces que determinó por MAYORIA que: "Una vez dictado la prisión por un plazo menos al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva".

2.2.4: En consecuencia, el requerimiento del fiscal con la denominación de prorroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo 274 CPP, solicitare el Ministerio Público la prolongación del plazo de prisión preventiva.

202

§200. Requisitos de la prolongación de prisión preventiva

Casación	147-2016 – LIMA
Fecha	6 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 274° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.2.4°, 2.3.11° y 2.4.2°

RESUMEN:

*Está institución requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizarla actividad probatoria.*

FUNDAMENTOS:

2.4. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE QUE LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA NO DEBE RESPALDARSE EN LA COMPLEJIDAD ESTABLECIDA DESDE EL INICIO DE LA CAUSA

2.4.2: Está institución está prevista en el numeral I del artículo 274° del Código Procesal Penal, el cual requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. Por se entiende la concurrencia de circunstancias que obstaculizan la realización de

determinada diligencia, la práctica de alguna pericia o alguna circunstancia propia de la conducta del imputado, elementos del juicio objetivos posteriores al dictado de la prisión preventiva primigenia y su impugnación. La ley no establece que deban excitar nuevos elementos o actos que sustenten este requisito, pues el juez al momento de determinar el plazo de preventiva pudo no tener en cuenta en su real dimensión estas particularidades que le dan complejidad al caso. **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizarla actividad probatoria, que no se establece en función a un reexamen de lo ya resuelto en la prisión preventiva a propósito del peligro procesal, sino sobre la base del análisis sobre si dichas condiciones subsisten o se mantienen.

203

§201. El arraigo como presupuesto de peligro de fuga

Casación	631-2015 – AREQUIPA
Fecha	21 de diciembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 268, 269, 270 del NCPP.

RESUMEN:

Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa residenciada en el Perú, solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y en su caso, la condena corresponde.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivo legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga –que es el paradigma del periculum libertatis-, y obstaculización (artículos 268° apartado 1, literal c y 269°-270° del Nuevo Código Procesal Penal).

El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia,

evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER: Proceso Penal Comentado, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, San José, dos mil nueve, página trescientos ochenta y ocho].

Dentro de los criterios que el juez debe tomar en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como "arraigo" –que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto- (artículo 269° del Nuevo Código Procesal Penal). el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimisiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tiene lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* En: Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Lima, dos mil ocho, página noventa y siete].

SEXTO: Que es cierto que los alcances del arraigo en el así también puede valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa residenciada en el Perú, solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y en su caso, la condena corresponde.

Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico a problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio

por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

204

§202. Prisión preventiva: La audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal- peligro de fuga)

Casación	626-2013-MOQUEGUA
Fecha	30 de junio del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 268° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	24°, 39°, 40°, 43°, 48° al 50°, 53°, 54° y 58°

RESUMEN:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos.

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO CUARTO: En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5.- SOBRE LOS FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco.

VIGÉSIMO NOVENO: Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*.

6.- SOBRE LA PROGNOSIS DE PENA

TRIGÉSIMO PRIMERO: El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código

Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7.1.- ARRAIGO

TRIGÉSIMO NOVENO: Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P- PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

CUADRAGÉSIMO: Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

7.2.- GRAVEDAD DE LA PENA

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

7.3.- LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO

Cuadragésimo octavo: En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

QUINCUAGÉSIMO: La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4.- COMPORTAMIENTO PROCESAL

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

7.5.- LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

205

§203. El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso

Casación	328-2012-ICA
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 28°, 29°, 271°, 274°.2, 278° y 279° del NCPP.

RESUMEN:

El juez de la Investigación Preparatoria, como juez de garantías, es competente para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva. ***Esta facultad no solo se restringe a nivel de la Investigación Preparatoria****, sino que puede darse cuando la causa se encuentre en Etapa Intermedia, Juicio Oral o incluso, así se haya dictado sentencia condenatoria en primera instancia donde esta última esté en vía de recurso de apelación. Todo esto con el fin de salvaguardar y optimizar el principio de imparcialidad y el de pluralidad de instancias como parte de un proceso justo.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

QUINTO. De lo expuesto se desprende que nuestra normatividad legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, estrictamente al Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como Juez de Garantías, aún si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado

sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: *"Imponer, modificar o hacer cesar las medidos limitativas de derechos durante lo investigación preparatorio ..."*, de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.

SEXTO. Ello es entendible, pues lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de la prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este Magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que lo decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: Juez de Juzgamiento Unipersonal y/o Colegiado, que no realizaría un prejuzgamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal rechazada por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, debiéndose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral.

Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior; que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

SÉTIMO. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo trescientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: "El Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para (...) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y -cuando corresponda- las medidas de protección...". De ello se deriva entonces, que es el Juez de la Investigación Preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, deberá citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, escenario en el que evaluadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, atendiendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estadio

en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el juez de la Investigación Preparatoria con los efectos perniciosos que se pudieran obtener para el proceso, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: ***"El juez debe poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva"***.

OCTAVO. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias –esto último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el juez de la Investigación Preparatoria, ante el Superior Jerárquico-, se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencial, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva, en todos los casos, es el juez de la Investigación Preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso.

206

§204. Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia

Casación	391-2011-PIURA
Fecha	18 de junio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Rozas Escalante.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 283°, 433°.1 y 497°.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	Apartado 2, 9°

RESUMEN:

Según se desprende del tenor literal del art. 283 del NCPP. nuestro ordenamiento jurídico penal faculta al encausado a exigir la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una de comparecencia, teniéndose como requisito fundamental para tal fin la existencia de nuevos elementos de convicción. ***Estos nuevos elementos tienen que demostrar que no concurren los motivos que determinaron la imposición de la prisión preventiva y que por tal razón es necesario sustituir tal medida por una de comparecencia*** *para una mayor protección a las libertades del imputado.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

APARTADO 2.9. La cesación de la prisión preventiva requiere una nueva evaluación pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto si no se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva.

Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable.

207

§207. Vigencia de la Ley Nº 29499 respecto de los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención

Recurso de nulidad	4216-2009-LIMA
Fecha	25 de abril del 2011
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del CP.; Ley Nº 29499.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	Considerados 4º, 5º y 6º.

RESUMEN:

La Ley 29499, publicada el 19.01.10 y que regula la Vigencia Electrónica Personal, indica que la misma será aplicada progresivamente en los diferentes distritos judiciales según calendario oficial; y en Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, una vez que se implementen los mecanismos logísticos necesarios para su aplicación.

Sin embargo, ***las modificatorias de la norma que no se encuentren relacionadas con dicha temática*** *–como lo son los requisitos concurrentes que debe considerar el Juez Penal para dictar mandato de detención, así como para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva-* ***deben considerarse de aplicación inmediata en tanto no generan gasto económico y resultan más beneficiosa para el procesado****, al regular que la prognosis de pena privativa de libertad requerida para la aplicación del mandato de detención es superior a cuatro años.*

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO:** Que, debe indicarse que si bien la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve –publicada en el diario oficial "El Peruano" el diecinueve de enero de dos mil diez-, establece que la referida Ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante Decreto Supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigencia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente, también lo es, que dicha disposición que regula la vigencia de la norma en cuestión, no debe ser interpretada mediante el método Gramatical o Literal para tales efectos, sino que, en el presente caso debe ser interpretada conforme a los métodos Teleológico y Sistemático que han sido desarrollados en el considerando anterior.

QUINTO: Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la Vigencia Electrónica Personal (hasta que se realice el proceso de selección por concurso público e implementen los mecanismos de la Vigilancia Electrónica Personal, lo que será declarado mediante Resolución Ministerial emitida por el titular del sector de Justicia, lo cual a la fecha no se ha realizado por razones de índole económica), mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que deben tener en cuenta el Juez Penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva –debido a que no generan gasto económico-; más aún, si se tiene en cuenta que la aludida modificatoria respecto a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención contra un encausado sujeto a un proceso penal en las Cortes Superiores en donde todavía no entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete-, resulta más beneficiosa para éste (prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad), respecto a los requisitos establecidos en la norma procesal anterior –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho- (prognosis de pena superior a un año de pena privativa de libertad), lo cual permite a su vez que haya igualdad y no discriminación de tratamiento procesal en el referido extremo respecto a los lugares geográficos en donde se lleva a cabo una investigación judicial sujeta al Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta

y siete-, que establece como uno de los requisitos para dictar detención preventiva, una prognosis de pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

SEXTO: Que, en consecuencia por los fundamentos anotados y siendo evidente que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veinticinco mil cuatrocientos noventa y nueve está referida sólo a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal (que no ha sido posible hasta la fecha por razones de índole económica), este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida Ley respecto al artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho- (aplicable a los procesos que son tramitados mediante el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta) que no genera gasto económico-, a excepción de la parte *in fine* de su último párrafo, que establece expresamente "*, en cuyo caso, el Juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control (...)*"; decisión judicial que se corresponde a la observancia del derecho a la libertad y seguridades personales, previsto en el literal "d", inciso veinticuatro del artículo dos e inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (ver fundamento de principio de legalidad penal en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente número tres mil novecientos ochenta y siete-dos mil diez-PHC/TC, de fecha dos de diciembre de dos mil diez, caso: Alfredo Alexander Mirando Sánchez) y el debido proceso, previsto en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del referido Texto Constitucional." (Sic.)

208

§208. Prolongación de la prisión preventiva

Recurso de nulidad	302-2018-LIMA NORTE
Fecha	19 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Exposición de Motivos del CP.

RESUMEN:

La prolongación tiene como pre-requisito el agotamiento del plazo y la necesidad ulterior de requerirse más tiempo para cumplir con los fines del proceso y evitar que éste se perjudique por un mal uso de la libertad por el propio imputado preso preventivo. Se advierte de la acusación fiscal se trata de tres conductas coordinadas entre sí, de una indagación policial-fiscal dificultosa y de tres imputados, así como se lleve a cabo una numerosa actividad probatoria dada la cantidad de testigos y peritos que deben declarar y ser examinados. Por ende, la prolongación del proceso para su actuación es obvia. Luego, es razonable –vista la gravedad de la pena solicitada– prolongar la prisión preventiva.

FUNDAMENTOS:

1. De la pretensión impugnativa de los imputados

PRIMERO. Que la defensa de los encausados Zúñiga Torres, Rentería Viera y Valverde García en su recurso formalizado de fojas quinientos cuarenta y seis, de veinte de diciembre de dos mil diecisiete, instó se reforme la prolongación de la prisión preventiva y se desestime el requerimiento del Fiscal. Alegó que el

auto de prolongación de prisión preventiva se dictó faltando cuarenta y cinco días para el vencimiento del plazo ordinario; que el artículo 272 del Código Procesal Penal establece que la prisión preventiva no durará más de nueve meses; que no se cumplen las exigencias del artículo 274 del código acotado pues se usó el máximo del plazo ordinario de la prisión preventiva; que no se atendió a lo dispuesto en la sentencia de casación número ciento cuarenta y siete guión dos mil dieciséis. Adjunta cuatro documentos que demostrarían arraigo laboral y familiar.

2. De los hechos procesales impugnativamente relevantes

SEGUNDO. Que por auto de fojas trescientos sesenta y dos, de once de mayo de dos mil diecisiete, se dictó mandato de prisión preventiva contra los tres impugnantes Zúñiga Torres, Rentería Viera y Valverde García por el plazo de nueve meses. El delito atribuido es el de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículos 296, segundo párrafo, y 297 apartado 6 primer párrafo del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince) en agravio del Estado [auto de apertura de instrucción de fojas trescientos cuarenta y ocho, de once de mayo de dos mil diecisiete].

Culminada la etapa de instrucción y elevada la causa al Tribunal Superior, el señor Fiscal Superior formuló acusación escrita contra los tres encausados y solicitó se les imponga veintiséis años de pena privativa de libertad –para

Zúñiga Torres– y dieciocho años de la misma pena para los restantes, sin perjuicio de las demás penas principales [fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro de veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete].

En la audiencia de control de acusación de fecha quince de diciembre de dos mil diecisiete, el señor Fiscal Superior requirió la prolongación del plazo de la prisión preventiva. El Tribunal Superior, previo trámite contradictorio, emitió el auto recurrido de fojas quinientos cuarenta, de la misma fecha, que acordó prolongar el plazo de la prisión preventiva hasta por seis meses más. Contra esta decisión se interpuso recurso de nulidad, materia de esta Ejecutoria.

TERCERO. Que el auto recurrido estimó el requerimiento fiscal porque: 1. Se trata de un proceso con pluralidad de partes –tres hechos y tres circunstancias que deben tratarse para la dilucidación del caso–, de carácter ordinario, y tramitado dentro de un despacho recargado. 2. Se han dispuesto diversas diligencias con dificultad de actuación. 3. Los documentos de descargo para apreciar el peligrosismo procesal que se presentaron en la audiencia de prisión preventiva, no enervan la posibilidad de un mal uso de la libertad.

3. De la absolución del grado

CUARTO. Que es de tener presente que en el auto de enjuiciamiento dictado en el curso de la audiencia de control antes indicada se dispuso la concurrencia al acto oral como testigos de diez policías y de tres civiles, así como la asistencia de cuatro peritos policiales [fojas quinientos treinta y tres a quinientos treinta y cinco].

QUINTO. Que, en principio, es patente que el Código Procesal Penal establece dos referencias a los plazos de la prisión preventiva. Primero, reconoce y regula el denominado "plazo ordinario" de la prisión preventiva, que tratándose de procesos comunes no complejos, no durará más de nueve meses.

Segundo, admite la posibilidad de un "plazo prolongado", adicional al ordinario, que no podrá ser superior a los nueve meses adicionales en los procesos comunes no complejos (artículos 271, apartado 1, y 274, apartado 1, literal 'a', del Código Procesal Penal).

La existencia del plazo prolongado, desde luego, está sujeto al principio de proporcionalidad, y tiene presupuestos materiales propios, adicionales a los que regulan el plazo ordinario de la prisión preventiva. Son: a) que concurran circunstancias que importan una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso; y, b) que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria. Siendo así, no existe contraposición entre uno u otro plazo, y menos puede afirmarse que utilizado el máximo de nueve meses permitido por el artículo 272 apartado 1 del Código Procesal Penal ya no puede prolongarse. Precisamente, la prolongación tiene como pre-requisito el agotamiento del plazo y la necesidad ulterior de requerirse más tiempo para cumplir con los fines del proceso y evitar que éste se perjudique por un mal uso de la libertad por el propio imputado preso preventivo.

SEXTO. Que, en el presente caso, según se advierte de la acusación fiscal se trata de tres conductas coordinadas entre sí, de una indagación policial-fiscal dificultosa y de tres imputados, en cuyo ámbito se actuaron una pluralidad de diligencias de investigación. Asimismo, del auto de enjuiciamiento se advierte que para la realización del juicio oral se requieren se lleve a cabo una numerosa actividad probatoria dada la cantidad de testigos y peritos que deben declarar y ser examinados. Por ende, la prolongación del proceso para su actuación es obvia. Aún no se iniciaba siquiera la etapa de enjuiciamiento. Luego, es razonable –vista la gravedad de la pena solicitada– prolongar la prisión preventiva.

La causa de pedir incidió en la ausencia de peligro procesal de fuga. No se cuestionó, por lo demás, el presupuesto de sospecha vehemente de comisión del delito –tampoco de la gravedad del delito, en tanto que el Fiscal solicitó una pena muy grave–. En cuanto al peligro de fuga, nada indica un arraigo familiar u otras circunstancias que justifiquen inferir razonablemente que si se les otorga libertad no se apartarán del proceso o no asistirán al juicio oral, frustrando su instauración y, en su caso, su continuación hasta la expedición del fallo. Consta alguna documentación, pero en modo alguno se erige en base suficiente para eliminar o disminuir sensiblemente el peligro de fuga.

SÉPTIMO. Que es de añadir que en sede de recurso de nulidad no cabe examinar prueba presentada luego de emitido el auto recurrido. La naturaleza de revisión de la instancia, propia del recurso de nulidad, impide tal posibilidad, más aún si tales documentos no se han sometido a contradicción.

Si se presentan nuevos documentos será del caso pedir la cesación de la prisión preventiva por decaimiento de un presupuesto de la prisión preventiva, vinculado al peligrosismo procesal.

209

§209. Prisión preventiva: presupuesto y requisitos

Acuerdo Plenario	01-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (periculum libertatis, que en el proceso civil se denomina periculum in mora).

Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (iv) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

El juez tiene la dirección material de la audiencia –no ha de permanecer pasivo– y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

La resolución del juez debe ser conocida y estabilizada en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierta y segura, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§4. Presupuesto de la prisión preventiva: Sospecha fuerte

24. Un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (véase: INFORME 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 26), es el de sospecha grave y fundada, tal como está definido por el artículo 268, literal 'a', del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del fiscal [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: Prisión preventiva y medidas alternativas, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 164]. Así se ha establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-20017/CIJ-433, de once de octubre de 2017, FFJJ 23 y 24.

Supone, según escribió CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal [conforme: CALDERÓN CEREZO – CHOCLÁN MONTALVO: Derecho Procesal Penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 266]. El término "sospecha" debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones. Se trata, entonces, de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina que la prisión preventiva dispuesto sea arbitraria (SCoIDH caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004).

Apuntó la STEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido que este requisito inserta una exigencia de racionalidad –que incluye la solidez– de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones de libertad arbitrarias. Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo que puede considerarse "racional" dependerá del conjunto de las circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos según las máximas de la experiencia y del normal sentido común [conforme: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: La prisión provisional, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 130].

Si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye– [VOLK, KLAUS: Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 115]. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene ORTELLS RAMOS, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 556].

25. La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba– acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa–, tras cuyo análisis corresponda concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la

sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación (Sentencia casatoria 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 24to.)–, mientras que la "sospecha suficiente" quiere decir llanamente simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena. O, expuesta esta causal en términos negativos, los elementos de juicio que apoyen la acusación –los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal– deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el sometido a prisión preventiva acabe finalmente absuelto, y, por tanto, resulte injustificada la medida de coerción [conforme: FERRER BELTRÁN, JORDI: Obra citada, p. 146].

Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 3ro.); esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria [conforme: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: El *fumus comissi delicti* y el estándar probatorio en la prisión provisional. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): Hechos y razonamiento probatorio, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 223-231]. Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad, como enfatizaron ROXIN/SCHÜNEMANN, requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o como partícipe– y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN, CLAUS – SCHÜNEMANN, BERND: Derecho Procesal Penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 374-375]. No es de recibo una medida de coerción ante un hecho no incriminado o no punible, pues la "culpabilidad" indicada por esos síntomas significa condena probable y es una probabilidad igual a cero cuando existan desacriminantes, causas de exclusión de la responsabilidad penal o hechos extintivos [conforme: CORDERO, FRANCO: Obra citada, p. 404. BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT: El Proceso Penal, Tomo I, 6ta. Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 523]. ARAYA VEGAS denomina a este presupuesto: "mérito sustantivo" y le da el tratamiento de un

presupuesto de persecución penal –que podría implicar una *contraditio in terminis* al reunir en una misma institución jurídica lo material y lo procesal–, y que no obstante lo entiende, correctamente, como un grado de probabilidad suficiente –fuerte, diríamos nosotros– de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad, así como de elementos de prueba objetivos –en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente "elementos de convicción"– para determinar su vinculación con el hecho atribuido [ARAYA VEGA, ALFREDO: La prisión preventiva – Tratamiento desde los Derechos Humanos, Editorial Ideas, Lima, 2014, p. 49].

26. Desde la perspectiva del juez, la probabilidad que se requiere, a diferencia de la certeza, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella [MAIER, JULIO B.J.: Derecho Procesal Penal I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 843]. Los datos o elementos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables.

    Ahora bien, es de aclarar que el indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del indicio en materia de probatoria –propio de la etapa principal del juicio oral y utilizado para fundar la sentencia condenatoria–, tras la interpretación objetiva de la fuente-medio de investigación o de prueba (preconstituida, o anticipada si fuere el caso) –fase de traslación en la apreciación de los mismos–, valorados libremente –que no arbitrariamente– por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético –con cierto nivel de incertidumbre–, en cuya virtud el indicio es la base fáctica –no de una comprobación, propia del indicio probatorio– de una predicción, esto es, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro –no que sucedió en el pasado–: no da lugar a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: Obra citada, p. 210].

No se puede anticipar lo que es propio del juicio oral –si se cuenta con pruebas suficientes o no para dictar en su día una sentencia condenatoria contra el imputado, si habrán de prosperar o no algunas de las alegaciones auto exculpatorias que el mismo efectúa–, sino si constan en la causa datos e indicios suficientes de que el imputado intervino, de uno u otro modo, en la comisión del delito atribuido.

27. El juicio de imputación, siempre de un determinado delito, requiere, por consiguiente, de que precisamente el hecho sea delictivo –éste no puede carecer de tipicidad penal– y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal (artículos 20 y 78 del Código Penal) [GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2015, p. 684]. La prisión preventiva supone un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Es, empero, un requisito indispensable pero no suficiente pues debe ser confirmado por el peligrosismo procesal [conforme: QUIROZ SALAZAR, WILLIAM: Prisión preventiva – Perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad, Editorial Ideas, Lima, 2014, pp. 146-147]. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal; y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal (de un imputado, contra quien se ha dictado la inculpación formal –es decir, con mayor precisión, Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria). Este análisis de alta probabilidad debe realizarse, como enfatizó la Sentencia Casatoria 564-2016/Loreto, de 12 de noviembre de 2018, FJ 5to., no solo a partir de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito y de la intervención del imputado, examinándose los actos de investigación de manera individual y conjunta –así, incluso, lo estableció la sentencia casatoria vinculante 626-2013/Moquegua de 30 de junio de 2015–, sino además conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva; y, tiene como sustento, que los cargos sean concretos y definan con claridad lo penalmente relevante [Sentencia Casatoria 724-2015/Piura, de 15 de abril de 2016].

No basta la concurrencia, en el caso, de meros indicios –procedimentales, claro está– o de sospechas genéricas; se exigen, pues, fuentes-medios de investigación o, en su caso, de prueba, directas o indirectas "[...] que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado, y fundadas; el juicio de alta probabilidad debe ser razonable y asentado en criterios objetivos suficientes" [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, pp. 827-828]. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente como es obvio, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado –que hay probabilidad, alta, de delito (con la presencia –agregamos– de toda sus categorías materiales: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como de los presupuestos procesales correspondientes) y de que el imputado es responsable del mismo– (Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 241/2009, de 13 de marzo). El juzgador, desde luego, debe explicitar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado [conforme: STC 0349-2017-PHC/TC, de 21 de abril de 2017].

§5. Motivos de prisión preventiva: Requisitos

34. Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (*periculum libertatis*, que en el proceso civil se denomina *periculum in mora*)".

35. Delito grave: El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta, fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto -no de simple conminación penal abstracta-. Estipuló, al respecto: "Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad", bajo el entendido implícitro que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El pronóstico judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional por cierto, debe asumir los criterios de medición

de la pena conforme al conjunto de las disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley)".

Son dos pues los ejes de este requisito: 1. Gravedad y características del delito imputado. 2. Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto de la conminación penal, es desde luego determinante".

36. Es de entender que si el pronóstico de pena concreta no será, en ningún caso, superior a cuatro años de privación de libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá inevitablemente dictar mandato de comparecencia. El juicio de proporcionalidad estricta así lo demanda, sin excepciones.

Otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza, por ejemplo, imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio, pese a que la pena privativa de libertad no supere ese límite –lo que no obsta, desde luego, a las conversiones autorizadas legalmente–. Estos preceptos, como es patente, solo se refieren al juicio de medición para la imposición de la pena en la sentencia, consecuentemente, no se opone a que durante el proceso el imputado esté en libertad, para lo cual, en todo caso, pueden imponerse determinadas restricciones, siempre si son razonables para evitar que éste fugue o manipule fuentes de investigación o de prueba o que, en su día, se sustraiga a la ejecución de la pena.

37. De otro lado, si se trata de delitos especialmente graves, conminados con penas especialmente elevadas –en este punto se ha de seguir el criterio objetivo asumido por el legislador penal, el mismo que está en función a la pena concreta que podría merecer el imputado en caso de condena–, como, por ejemplo: cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de quince años, que exceden con creces los límites mínimos legalmente previstos, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para imponer mandato de prisión preventiva, aunque, siguiendo verbigracia a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE, 19, 342 (350), invariablemente se requerirá la presencia del peligrosismo procesal;

no obstante, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente –grado inmediatamente inferior a la sospecha fuerte– [confróntese: ROXIN/SCHÜNEMANN: Obra citada, pp. 376-377], pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajeno en cuanto su conocimiento y riesgos –lo que desde ya, legalmente, constituye una situación constitutiva del riesgo de fuga–, y que hace más probable el peligro para el debido cauce el proceso y, por tanto, marca una pauta sólida de riesgo de fuga.

En igual sentido, se debe comprender bajo estas mismas consideraciones aquellas conductas que están vinculadas a la actuación delictiva de personas integradas a la criminalidad organizada, de especial preocupación por la comunidad internacional –que, como apuntó el Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN, se trata de un flagelo que constituye un problema mundial [PREFACIO. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Nueva York. 2004. p. iv]– y de una obvia lesividad social que incluso ha merecido la institucionalización de diversos convenios sobre la materia, especialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, de diciembre de 2000, cuyos lineamientos básicos han de seguirse en sede nacional.

Cuando se menciona el grado de sospecha "suficiente", siempre en clave de evaluación provisoria del suceso histórico postulado por la Fiscalía, debe entenderse que su acreditación prima facie resulta probable –más probable que una futura absolución–, aunque menor que la sospecha vehemente o fuerte [VOLK, KLAUS: Obra citada, p. 78). Es lo que se denomina "probabilidad preponderante", no alto grado de probabilidad, propio de la sospecha fuerte o vehemente [ROXIN–SHÜNEMANN: Obra citada, pp. 375 y 497].

38. Con motivo de las ulteriores modificaciones de la legislación penal, en especial con la inclusión de la "vigilancia electrónica personal", cuyas disposiciones vigentes son el Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, modificado por el Decreto Supremo 006-2018/JUS, de 14 de mayo de 2018, es de rigor asumir una perspectiva

adicional a la pena concreta estatuida por el citado artículo 268 del Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 5, apartado 1, literal a), del aludido Decreto Legislativo, fijó como baremo "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho años" para la vigilancia electrónica personal. La correcta interpretación de este precepto es que se refiere a la pena concreta, pues de otra forma no se entendería que para el caso de los condenados el límite es, precisamente, ocho años de pena privativa de libertad impuesta (literal 'b' de dicha disposición legal). El principio-derecho de igualdad ante la ley se quebraría si se adoptan dos baremos para definir una misma institución jurídica cuando se trata de identificar el límite penológico correspondiente, que obviamente debe ser el mismo para ambos. Nada justifica razonablemente una opción distinta; ni los fundamentos ni su objetivo político criminal.

39. Peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). Este peligrosismo, afirma GUTIÉRREZ DE CABIEDES, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: Obra citada, p. 131], por lo que es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que están llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: Obra citada, p. 113].

El Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros para justificar convencional y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización. Solo se requiere la concurrencia de un peligro o riesgo procesal concreto para justificar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos peligros. Esta es la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SSCoIDH de 12 de noviembre de 1997, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, párr. 77; y, de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párr. 120). A esto se denomina, siguiendo a ORTELLS RAMOS, "situaciones constitutivas del riesgo", y las constancias de su consagración "circunstancias acreditativas del riesgo" [ORTELLS RAMOS, MANUEL: Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. En: Revista General de Legislación y

Jurisprudencia, núm. 244, tomo 254, mayo de 1998, Madrid, pp. 439 y ss.]. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica la prisión preventiva [PÉREZ LÓPEZ, JORGE: El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. En: Revista Derecho y Cambio Social, Lima, 2005, p. 5. SSTC 1821-2006-PH/TC; 1091-2002-HC/TC; y, 2268-2002-HC/TC].

40. Para la acreditación del riesgo el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa –lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo de muy difícil concreción–, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta [conforme: BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT, Obra Citada, pp. 529 y 535]. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota NIEVA FENOLL, a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas [conforme: NIEVA FENOLL, JORDI: Derecho Procesal III, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 285].

41. **Peligro de fuga.** El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia –existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva–.

    A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como "*numerus apertus*" –se trata, en todo caso, de tipologías referenciales– [...]. Fijó las siguientes: 1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país –no simplemente, de viajar al extranjero– o permanecer oculto. 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal –tal vez, el

criterio rector de la misma–. 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas".

En atención a lo expuesto, es patente que el fin primordial de este riesgo es la realización plena de la tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no sólo la futura ejecución de la pena sino, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: La decisión judicial de prisión preventiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 151]. Estas situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal son datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 209]. Siempre, caso por caso. Este criterio, pues, como apunta ORÉ GUARDIA, siguiendo a BINDER, es de naturaleza relacional y requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descriptas y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse a la acción de la justicia [ORÉ GUARDIA, ARSENIO: Obra citada, p. 154].

De estas situaciones específicas constitutivas del riesgo de fuga resalta, desde luego, las características del delito, así como la gravedad del mismo y de la pena. Se trata de una situación inicial y fundamental –abstracta– con fuerte relevancia en el pronóstico de fuga, por cuanto, como es innegable, la frustración de la acción de la Administración de Justicia se evidencia tanto por el hecho de que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el prejuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia, aunque pasados los primeros momentos de la investigación se necesita ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características del imputado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera– (confróntese: STEDH W. vs. Suiza, de 26 de enero de 1993; y, STCE 128/1995, de 26 de julio).

42. La ley sitúa estas circunstancias como pertinentes para colegir razonablemente el peligro de fuga, bajo tres lineamientos: (i) que

se invoquen como tales, como justificativas del peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo –sin explicación de esto último, tampoco se podrá justificar la existencia del riesgo [NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, p. 286]–; y, (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga –no hace falta, desde luego, que si la sospecha fuerte respecto de la imputación y del riesgo de fuga constan en la causa, se requiera además que el imputado intente de veras escaparse; solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo–.

Cabe resaltar que en el pronóstico de peligro de fuga deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro –las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal– únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la sospecha fuerte: no se requiere un convencimiento cabal acerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa [conforme: VOLK, KLAUS: Obra citada, p. 113]. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente, en delitos similares e integración en una organización criminal con contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países –v.gr.: lugar desde donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos–, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aun cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stögmuller vs. Austria, de 10 de noviembre de 1969, párr. 88, es claro que la simple posibilidad o facilidad que tiene el imputado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las

consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento.

43. En clave de los factores legalmente considerados para estimar el posible riesgo de fuga, se tiene que automáticamente, luego de transcurrido un lapso de tiempo razonable del inicio de la investigación, no puede desprenderse el peligro examinado en atención únicamente a la pena previsible, desde el fumus comissi delicti. Los automatismos no son de recibo –este peligro no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos [ROXIN/SCHÜNEMANN: Obra citada, p. 375]–. Tienen que agregarse, a la pena previsible y a la naturaleza del delito –sin perjuicio de analizar la entidad del aporte del imputado al hecho delictivo, si se trata de un caso de codelincuencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, su personalidad y sus circunstancias particulares–, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga. No tienen una significación y virtualidad autónomos para justificar en sí mismos la prisión preventiva, pues se trata de presunciones que, en cualquier caso, pueden ser destruidas por los otros datos relevantes del proceso, y que el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, a través, por ejemplo, del pago de caución o de una medida alternativa o de restricciones [conforme: STEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 40-44]. Los motivos justificatorios del riesgo de fuga no se pueden apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena posible –de ser así, la intensidad en abstracto de la reacción penal conllevaría una inadmisible consecuencia procesal directa [JAUCHEN, EDUARDO: Obra citada, p. 589]. Deben analizarse, con las prevenciones que luego se expondrán (vid.: párr. 45), en función de un conjunto de elementos suplementarios pertinentes y apropiados ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no puede justificar la prisión preventiva [STEDH caso Demirel vs. Turquía, de 28 de enero de 2003, párr. 59, con antecedentes en la STEDH de 8 de junio de 1995].

En realidad, como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, siguiendo la jurisprudencia alemana, la pena amenazada solo puede justificar la adopción de la prisión preventiva si de ella –y teniendo

en cuenta el resto de factores– se deducen indicios bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida en cuestión. No es suficiente que existan posibilidades de fuga, sino que habrá de resultar acreditado que el encartado piensa también hacer uso de dichas posibilidades. Lo mismo que, en palabras de DAHS, nadie es acusado por el mero hecho de que posea –desde un punto de vista fáctico– la posibilidad de cometer un delito, no es suficiente que exista la posibilidad de huir, sino que tiene que fundamentarse normativamente, además, que existen indicios bastantes de que el imputado va a hacer uso también de dicha posibilita abstracta [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: Obra citada, p. 47].

En esta perspectiva ORTELLS RAMOS, indica que existen dos criterios de peligrosidad de fuga: (i) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable –que pueden ser únicos al inicio de la investigación– permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga –pero no es el único que debe ser utilizado por el juez vencidos los actos iniciales de investigación–; y, (ii) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de "raíces" como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona permitirá determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 550]. Es claro, como insisten ROXIN/SCHÜNEMANN, que de ninguna manera es suficiente solamente –en abstracto, se entiende– un domicilio fijo del imputado para negar el peligro de fuga [Obra citada, p. 375]. Y, aisladamente la inexistencia de determinado arraigo no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, para lo cual ha de valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga (conforme: Sentencia casatoria vinculante 626-20134/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 40mo.).

Los otros factores que inciden mayormente en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado –en los injustos de organización, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, entre otros (conforme: STCE 146/2001, de 18 de junio)–, están en función a la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado –que son los datos más usados, pues a contrario sensu se entiende, lógicamente, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga; aunque, por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o de haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o haberse constituido en situación de contumacia por no comparecer a los emplazamientos judiciales, o de incomparecencia injustificada a un llamamiento de la fiscalía o de los órganos jurisdiccionales–.

44. Los factores fijados en la ley, y otros que pueden estar presentes (así, por ejemplo, la avanzada edad o salud del imputado –STCE 60/2001, de 26 de febrero– la movilidad y contactos internacionales del imputado –STCE 146/2001, ya citada–, o su nacionalidad – Sentencia Corte Suprema 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015–), deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto (Sentencia Casatoria 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019), sin perjuicio de incluir en el análisis, por ejemplo, como un indicio relevante de fuga el hecho de no devolver el dinero o bienes del que presuntamente el imputado se habría apropiado y que podría estar usando en su provecho (STCE 14/1996, de 29 de enero, FJ 5to.).

45. El factor tiempo –o incidencia del transcurso del tiempo– es, sin duda, en alguna medida relevante. Racionalmente los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción –en los primeros momentos de la investigación (debe examinarse, por tanto, desde cuándo se iniciaron las averiguaciones del Ministerio Público)– no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento –un mayor peso adquieren en los primeros momentos, por la falta

de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo inculpado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza–. [confrontar: GIMENO SENDRA, VICENTE: Obra citada, p. 681; STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4to.; STCE 44/1997, de 10 de marzo, FJ. 7mo.; 62/2005, de 14 de marzo; y, 35/2007, de 9 de marzo]. Por tanto, –atento a la jurisprudencia citada– si en un principio –momentos iniciales del procedimiento de investigación– cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces, varía o es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión preventiva (en igual sentido: STEDH, asunto W vs. Suiza, de 26 de enero de 1993). Esta conclusión se funda en que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el exterior, comportamiento procesal (STCE 62/1996, de 15 de abril, FJ 5to.).

Empero, también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de investigación o de prueba, al peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque con menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas: vínculos familiares, laborales y otros [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Prisión preventiva – Límites constitucionales, Editorial Grijley, Lima, 2016, p.p. 194-195]);

y, segundo, que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que con el avance de la investigación y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga [...].

46. El nuevo inciso 5) del artículo 269 del Código Procesal Penal, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013, consideró como una situación específica constitutiva del referido riesgo "La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas". Al respecto, es de tener en cuenta, primero, que la existencia y la adscripción o reintegración del imputado a una organización criminal ha de estar acreditada a nivel de sospecha fuerte, y según lo indicado en el Fundamento de Derecho Cuarto respecto a sus exigencias típicas –contundencia de un dato objetivo inicial, de un delito grave– (la Sentencia Casatoria Vinculante 626-2013/ Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 58vo., exigió que se verifiquen sus componentes). Segundo, que si bien lo criminológicamente aceptado es que, por lo general, se da este peligro debido a las facilidades que se tienen por parte de la delincuencia organizada para favorecer la impunidad de sus miembros y que no necesariamente se requiere de una actuación propia del imputado para huir u ocultarse y, también, para obstaculizar la actividad probatoria –que, como dice la STCE 145/2001, de 18 de junio de 2001, unidas a otros datos concurrentes, se sobreponen al arraigo familiar y su compromiso de no eludir la acción de la justicia– , ello en modo alguno importa asumirlo como una presunción contra reo. Tercero, que no solo es de analizar la concreta conducta riesgosa que se le atribuye, sino que su acreditación, dado lo anterior, requiere por lo menos el nivel de una sospecha suficiente, en función a la pena esperada, a sus características personales, a sus contactos con el exterior, etcétera; ésta no puede funcionar como dato autónomo y suficiente en sí misma.

El profesor ASENCIO MELLADO indicó, sobre este punto, primero, que el precepto en cuestión no autoriza la prisión preventiva por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; y, segundo, que es una regla ciertamente

excepcional de aplicación restringida, y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de su reintegración en la misma, a su vez, sea la propia agrupación delictiva la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o, incluso, la obstaculización de la investigación [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 832].

47. Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) –también requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas–. Esta segunda finalidad o requisito también tiene carácter procesal; y, en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse –atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal– [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: Obra citada, pp. 161-162]. Por tanto, se trata de un motivo suficiente para disponer la prisión preventiva, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos (STEDH, caso Ringeinsen vs. Alemania, de 16 de julio de 1971).

48. Para calificar este peligro, el artículo 270 del referido Código identificó tres situaciones específicas constitutivas del citado riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, en sentido enumerativo no taxativo [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Proceso Penal Comentado, 6ta. Edición, 2017, p. 402], invariablemente desde una actuación comisiva fraudulenta –así asumidas por las SSTEDH caso Clooth vs. Bélgica, de 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; y, caso Bouchet vs. Francia, de 20 de marzo de 2001, párr. 46–. Fijó las siguientes: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba –en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales–. 2. Influirá para que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos –órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales– informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3. Inducirá

a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones –datos o indicadores materiales–, por cierto, consolida que el imputado, por ello, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. Es inadmisible, como enseñan ROXIN–SCHÜNEMANN, deducir automáticamente la existencia de este peligro a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas [ROXIN – SCHÜNEMANN: Obra citada, p. 376].

49. Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad que tenga el imputado de obstaculizar la prueba [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402]. No es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta; dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la libertad del acusado [Informe CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 34]. Se ha de valorar y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta [conforme: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 829].

    Se trata de garantizar lo que la doctrina denomina "protección pasiva" de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba [DEL RIO LABARTHE, GONZALO: Obra citada, p. 221].

50. En suma, son dos los fines a los que se supedita este riesgo: (i) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, (ii) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo

[GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, 1ra. Edición, Editorial Civitas, 2012, Pamplona, p. 632]. El imputado ha de tener una auténtica capacidad para, por sí solo o por medios de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes-medios de investigación o de prueba; y, además, desde la garantía de presunción de inocencia, están excluidos como condiciones determinantes del peligro de obstaculización los actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Obra citada, p. 212].

La Fiscalía debe aportar datos acerca de la existencia real del riesgo de obstaculización, y para tal fin aun cuando venga identificado con un pronóstico de futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto. Los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deben ser medidos por el juez ex ante y debe constar ante él los datos fácticos que evidencian la existencia real del riesgo de obstaculización (STCE 62/2005, de 14 de marzo).

51. El imputado, desde luego, no tiene la obligación de descubrir las fuentes de investigación o de prueba que puedan incriminarle o de aportarlas al proceso –el *ius tacendi* tiene una jerarquía constitucional enraizada en la garantía de defensa procesal y, además, la verdad no se puede obtener a cualquier precio–. El precepto en cuestión pretende evitar que el imputado destruya huellas o vestigios materiales del delito, o que altere documentación que puede relacionarle con su comisión, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos en su contra, etcétera –en pureza, oculte medios de investigación o de prueba decisivas para el resultado del proceso–; el antídoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa, no tiene el rol de instrumento de la investigación, de modo que el juez estuviera facultado para hacer saber al imputado que va a ordenar su ingreso en prisión en función de la actitud que adopte en el proceso de su disposición al esclarecimiento de los hechos [GIMENO SENDRA, VICENTE: Obra citada, p. 632].

En esta misma línea no constituyen circunstancias de las que quepa deducir el riesgo de destrucción probatoria por parte del encausado o datos que en ocasiones son mencionados como tales, por ejemplo,

la complejidad de la causa. Ello es así, explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, porque no denota, en modo alguno, el riesgo de destrucción probatoria. Y la imposición de tan grave medida por esta sola circunstancia resultaría, si no muestra de la impotencia del investigador, sí un instrumento de "presión" ilegítima sobre el encausado, no tan lejana de la antigua *confessio per torment*, es decir, de "tortura indagatoria" [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: Obra citada, p. 165].

52. Es claro, por lo demás, que este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio –la STEDH caso Muller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso–; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas (SSTEDH caso Letelier vs. Francia, de 26 de junio de 1991, párr. 39; y, caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 95); o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente [Informe CIDH 2/97, párr. 35]. Además, como apunta KÜHNE, este peligro pierde su razón de ser (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402], o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos.

53. Desde las circunstancias acreditativas del riesgo de obstaculización, éstas deben ser tan graves como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción o recurriendo a la medida de seguridad procesal de protección de testigos y peritos. Debe evaluarse la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, lo que no implica pocos problemas –determinados hechos, como enseñan ROXIN-SCHÜNEMANN, tienen que fundamentar este peligro [Obra citada, p. 376]. Consecuentemente, es del caso averiguar, primero, la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado, lo que por lo general ocurre en los

primeros momentos de la investigación y cuando se entera que se ha descubierto el delito; y, segundo, cuando ello no sea posible, es de analizar si por el hecho de que esté el imputado en libertad es más sencillo que oculte pruebas –inminente localización de las fuentes y la conveniencia de impedir que pueda acercarse a las mismas, o acreditar que se halla en curso la investigación para conseguir la averiguación de dicha localización, aún desconocida por la autoridad, pero que podría ser obstaculizada por el imputado en caso de estar en libertad– [NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, pp. 288-289].

54. Este peligro incide en riesgos de la comisión, por el imputado, de conductas determinadas que develen su intención de suprimir las pruebas. Si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia de los testigos –agraviados incluidos–, peritos o coimputados [conforme: PÉREZ LÓPEZ, JORGE: Obra citada, p. 7. SSTEDH caso Wemhoff vs. Alemania de 27 de junio de 1968, párr. 14; caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992, párrs. 92-95].

55. Es de tener presente que el peligro de obstaculización, desde una perspectiva dogmática, a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que este último peligro. Es una causal de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida –no puede tener eficacia o utilidad durante el curso íntegro de la investigación y del enjuiciamiento, a diferencia del peligro de fuga que sí puede tener esa presencia–, pues tal peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal. Por ende, el plazo de duración debe ser tendencialmente más breve y no necesariamente igual que el correspondiente al peligro de fuga [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402. NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, p. 289]. Su plausibilidad, por lo común, es patente en los primeros momentos de la investigación, pero en un plazo más breve que el previsto para el peligro de fuga, pues ordinariamente hay medidas menos dañosas para la libertad del encausado y que igualmente aseguran el material

probatorio. Entonces, se deberá practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos, etcétera, y para ello no son necesarios tiempos prolongados [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: Obra citada, pp. 47-48].

ASENCIO MELLADO, con acierto, postula que no puede trazarse en abstracto una equiparación temporal entre los peligros de fuga y de obstaculización, que en este último caso, como quiera que es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba e, incluso, su práctica anticipada, el plazo de la prisión preventiva debe reducirse [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 823].

Sin embargo, en casos de organización criminal o de banda criminal, por sus propias características, el riesgo objetivo de obstaculización es más intenso desde un primer momento y puede prolongarse consistentemente en el tiempo, tanto más si el aseguramiento de las fuentes de investigación o de prueba puede ser difícil o complicado y prolongado, en especial de las fuentes personales que requerirán, de ser el caso, en función a las necesidades de protección, anticipaciones probatorias (artículos 247 y 242 del Código Procesal Penal).

§6. Plazo de la prisión preventiva

57. El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y específica del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente [INFORME CIDH, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, párr. 177]. Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna –es decir, existencia de tiempos muertos– y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida

o paralización del procedimiento (conforme: STCE 206/1991, de 30 de octubre).

Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento –a partir del análisis de la Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa–; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (iv) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, respecto de la complejidad del asunto, señaló diversos criterios. Entre ellos, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, las características del derecho interno de los Estados, y el contexto en que ocurrieron los hechos –entre otras, SCoIDH caso Furlan vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012–. Respecto de la actividad procesal del interesado, un criterio a tomar en cuenta es si los sujetos procesales realizaron las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles –entre otras, SCoIDH caso Fornerón e hija vs. Argentina, de 27 de abril de 2012, párr. 69–.

Desde luego, no se pueden dictar reglas fijas ni estipular tiempos estandarizados, pero los criterios arriba enunciados apuntan a racionalizar la determinación del plazo de duración de la prisión preventiva en cada caso en particular. La pauta que, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta es que el fiscal, en casos de prisión preventiva, está obligado a realizar actos de investigación con la razonable celeridad que merece un preso preventivo quien es además

un presunto inocente –garantía examinada desde la perspectiva de regla de tratamiento–.

58. Por otro lado, en materia de sucesión de leyes sobre prisión preventiva en el tiempo, por su implicancia en el derecho fundamental material de libertad personal, se debe aplicar, entre la norma que la reguló y que decidió la medida y la norma posterior, aquella que es más favorable a la libertad personal (aplicación retroactiva más favorable) –así lo dispone el artículo VII, apartados 1 y 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal–.

59. Es pertinente anotar, respecto de la fijación del plazo de la prisión preventiva, que, en ningún caso, puede erigirse como causa de justificación las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo, protagonizadas por una fiscalía determinada (salvo que esa causa sea meramente coyuntural y el Estado prontamente la remedie). Un factor a examinar es, como se anotó, el comportamiento sinuoso del imputado o su defensa –actividad de defensa obstruccionista–, como por ejemplo: introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse u ocultarse, no comparecer injustificadamente, cambiar permanentemente de defensores para lograr la demora o cuando una organización criminal que le protege mediante coacciones constantemente a los defensores para que renuncien a fin de obstaculizar el proceso, o interponer impugnaciones que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenadas a la desestimación (STC 4124-2004-HC/TE, de 29 de diciembre de 2004).

    En cambio no puede considerarse como práctica dilatoria el ejercicio de los derechos procesales por parte del imputado–. La actividad investigativa de la Fiscalía, como es de enfatizar, ha de ser diligente, y ha de ser examinada a la luz de la complejidad del caso y de lo que en efecto realizó. Así: SSTEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Van der Tang vs. España, de 13 de julio de 1995; caso Buchholz vs. Alemania, de 6 de mayo de 1981; caso I.A. vs. Francia, de 23 de septiembre de 1998, párr. 111; caso Lukoic vs. Servia, de 26 de marzo de 2013, párr. 46; y, Zimmermann y Steiner vs. Suiza, de 13 de julio de 1983; y, caso Labita vs. Italia, de 6 de abril de 2000, párr. 152. SCoIDH caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12

de noviembre de 1997, párr. 72. Informe CIDH 46/13, de 2013, de 30 de diciembre, párr. 166-169.

El Tribunal Constitucional ha incorporado otro supuesto de conducta maliciosa o conducta obstruccionista del imputado, que en todo caso debe ser probada por la fiscalía. Se trata de las premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es verdad que el imputado tiene derecho al silencio y a no confesarse culpable –expresiones del ius tacendi–, en tanto que a la fiscalía le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la infracción y de la culpabilidad, pero "[...] ello no le autoriza –al imputado– para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso" [STC 0376-2003-HC/TC. CÁCERES JULCA, ROBERTO: Las medidas de coerción procesal, Editorial IDEMSA, Lima, 2006, p. 27].

§ 7. Audiencia de prisión preventiva

67. El Juez de la Investigación Preparatoria debe cuidar que el conocimiento de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba sea efectivo; y, a su vez, cumplido este cometido, debe garantizar un debate contradictorio que incida en lo esencial y permita debatir concisamente lo nuclear de la pretensión del fiscal y de la resistencia de la defensa. No es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretensión y de las resistencias, más aún si en el primer caso ésta se ha expresado por escrito y fundadamente. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, y con réplicas y dúplicas reiterativas, o intervenciones secuenciales interminables o repetitivas según cada presupuesto material de la prisión preventiva requerida. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relievar el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia.

No puede continuar una desnaturalización tan desmedida del tiempo de intervenciones, y que implícitamente se aliente la desmesura y la confusión, así como se desnaturalice la indispensable claridad de los argumentos e, indirectamente, se facilite un intercambio de agravios o calificaciones personales entre la fiscalía y la defensa. El juez debe precisar el tiempo –único– que las partes tienen para fijar

sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible. Desde esta perspectiva el artículo 20 del Reglamento de Audiencias, aprobado por la Resolución Administrativa 096-2006/CE-PJ, estipula que el juez dará el uso de la palabra a quien cuyo pedido motivó la audiencia; y, luego, dará el uso de la palabra por igual término a las demás partes, sin perjuicio de intervenir en el momento que lo considere pertinente a fin de solicitar precisiones y esclarecimientos de las alegaciones.

El destinatario de los debates contradictorios es el juez. Éstos, como es obvio, se sustentan tanto en la ley como en los medios-fuentes de investigación o de prueba acompañados a la audiencia por el fiscal y las partes, datos que el juez siempre revisará –no es suficiente la mera referencia de las partes–, pues es a él corresponde verificar la correspondencia de las afirmaciones fácticas de las partes con los hechos discutidos y las exigencias de la ley, así como los datos o medios de fuentes-medios de investigación o de prueba expuestos en su desarrollo –no es de recibo, por tanto, lo prescripto en la última oración del artículo 22 del ya citado Reglamento de Audiencias, en el sentido de que: "La decisión, sin embargo se basará fundamentalmente en información que surja del debate contradictorio realizado en audiencia"–. El juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al decidir, de un lado, debe controlar la pertinencia y coherencia de las argumentaciones, su correspondencia con los hechos y el material instructorio o probatorio, su validez jurídica, y apreciar las fuentes-medios de investigación o de prueba conforme a la sana crítica judicial; y, de otro lado, ponderar los razonamientos jurídicos de las partes.

Será del caso, en consecuencia, fijar un plazo único de duración de las intervenciones –tendencialmente breve– y ser muy exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos –las exposiciones han de ser verdaderas, desde los datos de la causa –con información de calidad–, sucintas y enfocarse en los aspectos centrales del caso–. El juez tiene la dirección material de la audiencia –no ha de permanecer pasivo– y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

§ 8. Auto de prisión preventiva

71. La necesidad de una interpretación que opte por un criterio axiológico y teleológico, conforme a la razón esencial de la disposición legal que informa determinada institución jurídica, se impone. Se trata, en suma, de que la resolución del juez pueda ser conocida y se estabilice en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierto y seguro, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

Por tanto, es de rigor, frente a toda contingencia, primero, que en el acta de la audiencia quede fijada la resolución, su explicación, sentido y decisión, con los elementos que la constituyen –recuérdese que toda actuación procesal se documenta en el acta (artículo 120, apartado 1, del Código Procesal Penal)–; y, segundo, que en el audio o video quede debidamente registrado lo acontecido en la misma (reproducción audiovisual de la actuación procesal: artículo 120, apartado 3, del citado Código) y, especialmente, las expresiones del juez, mediante la palabra hablada, que constituyen la base material de la resolución oral. Debe evitarse, mediante el respeto a estas reglas, que la reproducción de audio o audiovisual pueda, por dolo, negligencia o accidentalmente, borrarse –total o parcialmente– o alterarse, y para ello el acta sigue siendo indispensable, bajo las directivas del artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal. Por ende, la documentación de la actuación procesal, materia de la audiencia de prisión preventiva, a través del acta no puede eludirse en modo alguno.

210

§210. Prisión preventiva y peligro de fuga

Casación	1145-2018-NACIONAL
Fecha	11 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 268 y 269 del CP.

RESUMEN:

1. La institución de la prisión preventiva tiene como un presupuesto–objetivo o causales para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de medida en cuestión, que legalmente o en clave de Derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga y de obstaculización (periculum libertatis) –en pureza, de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos– del caso específico. Asimismo, como "objeto" la prisión preventiva debe concebírsela tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo. 2. El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia –con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación–, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal –que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros–. Es de destacar, de un lado, el arraigo y la gravedad de la pena; y, de otro lado, la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento

a la acción de la justicia. 3. El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto –al caso específico–. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos aspectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los otros. El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del fumus comissi delicti, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el auto de vista impugnado en casación estableció, en relación al peligro de fuga, que la actividad de secretario arbitral –labor del casacionista recurrente– no tiene la condición laboral de trabajador dependiente de carácter permanente, y que la otra actividad que realizaba era la que llevaba a cabo en la empresa que está siendo cuestionada en el proceso por las compras de los vehículos antes mencionados; por tanto, a su juicio, no constituye vínculo laboral sólido. Si bien el Tribunal Superior reconoció que el imputado impugnante tiene familia (conforme al certificado matrimonial que adjunta, la partida de nacimiento de su menor hijo) y un inmueble sujeto a hipoteca, la existencia del arraigo que se demuestra es de "mediana intensidad".

∞ Asimismo, para determinar el peligro de fuga, la Sala Penal Superior valoró la facilidad que tiene para salir del país en función a las diferentes salidas al extranjero que registra.

∞ Con relación al juicio de necesidad sobre otra medida menos gravosa, como la comparecencia con restricciones, señaló que en el presente caso no existe otra medida que pueda cumplir con los fines que se buscan lograr el sometimiento físico del imputado a la presente investigación, pues la enfermedad respiratoria que alega padecer no es de gravedad suficiente que justifique optar por una medida distinta.

SEGUNDO. Que, respecto al peligro de fuga y presencia de arraigo, el encausado Costa López invocó en su escrito impugnativo que:

1. La Corte Suprema debe establecer que para afirmar el arraigo no hace falta un trabajo dependiente con carácter permanente; que el arraigo laboral se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país; que afirmar lo contrario sería tanto como señalar que una persona que no está en planilla, que no depende de un empleador, no

puede acreditar arraigo laboral, lo que constituye un acto discriminatorio con aquellas personas que tienen otro régimen laboral; que la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Letellier, de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, reforzó la mencionada posición al señalar que solo basta tener un trabajo que tenga la capacidad suficiente para subsistir, para vivir; que, entonces, el tener un trabajo no dependiente con carácter permanente, no es criterio valido para acreditar el arraigo laboral, pues solo se requiere un trabajo que sea una fuente de ingresos; que, por tanto, lo relevante es que la capacidad de subsistencia provenga de un trabajo desarrollado en el país.

2. No existe un "arraigo de mediana intensidad"; que es una posición que adoptó el Tribunal Superior para refutar un fundamento sólido de la defensa; que es claro que los presupuestos para dictar una medida de prisión preventiva, se cumplen o no se cumplen, consecuentemente, no se puede afirmar que un presupuesto se cumpla a medias o con poca intensidad; que si se acredita domicilio conocido y familiar (esposa e hijos), puede concluirse que existe arraigo familiar, que se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado.

3. La Corte Suprema debe instituir que la simple posibilidad de pasar la frontera, no es un criterio para evaluar el peligro procesal; que lo determinante es evaluar el conjunto de las circunstancias del caso y el imputado; que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de diez de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (Asunto Stögmüller contra Austria), estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga, se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgo de la fuga le parecerá un mal menor que la continuidad del encarcelado; que de este modo no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado, por lo que no es concluyente los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero, pues lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o domiciliario, y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país.

TERCERO. Que la institución de la prisión preventiva, superado el juicio de imputación o sospecha fundada y grave, tiene como un presupuesto–objetivo o causales para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de medida en cuestión, que legalmente o en clave

de Derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga (o de ocultación) y de obstaculización (*periculum libertatis*) en el caso específico –en pureza, de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos–.

∞ Asimismo, no debe olvidarse que como "objeto" la prisión preventiva debe concebírsela tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo –se destaca, por tanto, desde la perspectiva de la subsidiaridad que la prisión preventiva debe adoptarse cuando resulta imprescindible y cuando no existan alternativas menos radicales para conseguir sus finalidades–. La resolución que la dicte ha de ser "suficiente y razonable", es decir, que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juicio –libertad del imputado cuya inocencia se presume, y realización de la impartición de justicia, en relación a los riesgos antes mencionados (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional Español 65/2008 y 666/2008, ambas de veintinueve de mayo; y, Sentencia del Tribunal Supremo Español 228/2015, de veintiuno de abril)–.

∞ El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia –con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación–, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal –que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros–. Es de destacar, de un lado, tanto (i) la gravedad de la pena –criterio abstracto, considerado insuficiente y que debe conjugarse con las demás circunstancias, calificadas de "concretas"– como (ii) el arraigo; y, de otro lado, (iii) la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y (iv) su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento a la acción de la justicia. Ha de entenderse que el precepto antes indicado regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios automáticos que deban ser considerados o valorados judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso. Lo que hace dicho artículo es, a final de cuentas, relacionar criterios que pueden ser apreciados al efecto de su determinación, pero, en todo caso, tales criterios no pasan de ser meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Sexta Edición, Valencia, 2012, página 212].

∞ La magnitud de la pena prevista desde luego, por su carácter abstracto, no puede operar como único criterio –de aplicación automática y mecánica– para ponderar la necesidad de imposición de la medida de prisión preventiva, sino que, asumiendo incluso como un criterio más concreto, la naturaleza del hecho punible, debe ponerse en relación con otros datos relativos (i) tanto a las características personales del imputado o investigado –arraigo familiar, profesional y social, conexiones con otros países, contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), sus bienes (su tenencia genera arraigo, como lo precisó la Sentencia del Tribunal Constitucional 1091-2002-HC/TC, de doce de agosto de dos mil dos), los medios económicos de los que dispone y su proximidad a la jurisdicción–; (ii) como a las circunstancias que concurren en el caso concreto (conforme: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres, Asunto W contra Suiza; y, de veinte de noviembre de dos mil dieciocho, Asunto Demirtas contra Turquía. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 62/1996, de quince de abril. Sentencia del Tribunal Supremo Español 2097/2017, de veinticinco de enero de dos mil diecinueve).

∞ El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto –al caso específico–. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos spectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los otros [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Prisión Preventiva, Editorial Grijley, Lima, página 193]. El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *fumus comissi delicti*, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga [NIEVA FENOLL, JORDI: Derecho Procesal III – Proceso penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, página 286].

CUARTO. Que es de tener presente que la competencia de este Tribunal Supremo, desde las propias notas características del recurso de casación –que está circunscripto a la quaestio iuris–, no es la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida de coerción personal en cuestión, ya se refieran al juicio de imputación o al juicio de peligrosismo procesal (riesgos de fuga o de obstaculización), pues tal competencia corresponde a los jueces de mérito (Juez de la Investigación Preparatoria y Sala Penal Superior). Solo le corresponde el control externo de que esa medida de coerción se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. 1. Si los

argumentos incorporados en la resolución de coerción guardan correspondencia con las exigencias constitucionales y legales pertinentes –cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley– (presencia de una infracción normativa). 2. Si la ponderación realizada para optar por la prisión preventiva es la adecuada –los intereses en juego son la libertad de una persona cuya inocencia se presume y la realización de la Administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 128/1995, de veintiséis de julio); es decir, por un lado, si se examinó los hechos, todas las circunstancias que pueda concurrir y el auto de prisión preventiva; y, por otro, si la restricción del derecho fundamental a la libertad es inevitable en virtud de proteger un bien jurídico que en el caso concreto debe prevalecer –tal examen, por lo demás, surge de lo dispuesto en lo pertinente por el artículo 253, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal–.

QUINTO. Que, en el presente caso, son tres los argumentos examinados por el Tribunal Superior para sostener el peligro concreto de fuga (véase: párrafos cincuenta y tres a cincuenta y seis). Ya se han precisado en el fundamento de derecho primero.

∞ Ahora bien, es verdad que el delito atribuido está conminado con una pena grave, con un extremo mínimo muy superior a los cuatro año de privación de libertad, así como que este factor o criterio no es el único que debe tomarse en consideración. Ha de analizarse en función a determinados factores que digan de la falta de arraigo familiar, profesional y social, de la existencia de conexiones con otros países, de los contactos internacionales que pueda tener (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), de sus bienes, de los medios económicos de los que dispone o de su proximidad a la jurisdicción; y, de otro lado, las circunstancias que concurren en el caso concreto. La apreciación debe ser integral; y, siempre, desde la acreditación –en clave, no de certeza ni de sospecha grave y fundada, sino de sospecha reveladora– de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

∞ El imputado recurrente Costa López no solo no habría desempeñado un rol directivo ni definidor de un probable plan de ejecución criminal en la comisión del delito atribuido. Empero, se afirmó, de un lado, que pertenecería al círculo cercano del encausado Costa Alva, pues es su hijo, y que dolosamente recibió dinero maculado de él con los que adquirió vehículos para la empresa que dirige; y, de otro lado, habría cometido el delito de organización criminal, aunque es de puntualizar que, igualmente, no tuvo una actuación directiva o

definidora para la captación de dinero maculado, ni se identificó ámbitos precisos en el desempeño de la misma que le correspondería haber desarrollado.

∞ En esta perspectiva es de acotar que el imputado es un abogado de profesión, ejerce labores de secretario arbitral y es gerente de una empresa –más allá de que ésta sea una empresa investigada: no se mencionó, al respecto, con un nivel razonable de acreditación que ésta se formó exclusivamente para ocultar, utilizar o transferir dinero maculado–. Luego, los vínculos laborales en cuestión son razonables, por lo que el arraigo laboral se cumple puntualmente. No se puede exigir lógicas de arraigo laboral basadas en la exigencia de un trabajo dependiente y formal, un contrato de trabajo permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución con máximos niveles de funcionamiento e integración en el comercio o industria de primera categoría (máxima estabilidad institucional en los sectores de la vida económica de una localidad, región o país). Se requiere de una persona que realiza labores concretas y percibe ingresos para mantenerse y sustentar a su familia.

∞ El encausado tiene esposa e hijo menor de edad, vive en un inmueble adquirido con una hipoteca –incluso, el que se tenga dos viviendas a su nombre, no es prueba de falta de certeza de su dirección domiciliaria, como acota el Fiscal Superior, solo revela que tiene dos predios a su nombre– y, además, ha consolidado para su hijo un colegio donde estudiará. Su arraigo familiar es pues sólido. No consta que el imputado recurrente trató de confundir respecto al domicilio donde vive con su familia a fin de dificultar su ubicación.

∞ Otro factor o circunstancia para apreciar el riesgo concreto de fuga es la existencia de conexiones con otros países o de contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero). El hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero –de los que volvió–, sin señalarse desde los datos de la causa que al lugar donde viajó tiene conexiones que le permitan quedarse u ocultarse, o que por sus contactos con terceros en el extranjero tienen una infraestructura para albergarlo y evitar que la justicia lo alcance, obviamente no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás, en estas condiciones, puede evitarse con impedimento de salida del país.

∞ Las razones, por consiguiente, para justificar que existe peligro concreto de fuga no tienen sustento en el artículo 269 del Código Procesal Penal –el imputado además no tiene antecedentes, ni se incorporó siquiera un análisis de si ha tenido una conducta procesal, en esta u otra causa, de rebeldía o contumacia, menos si se aprestaba a ocultarse–. Desde el principio de subsidiaridad de la prisión preventiva, en atención a las bases probatorias respecto del cargo que se

atribuye al recurrente y a la pena conminada por el delito atribuido, es del caso concluir que una medida de comparecencia con restricciones es la proporcional y justa que corresponde. No está justificada la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

∞ Es claro, finalmente, que si la Sala consideró que existe arraigo familiar, pero este es de "mediana intensidad", la opción obvia era una medida menos intensa que la prisión preventiva, pues para esta última calificaría, en todo caso, una "máxima o superior intensidad" de falta de arraigo.

SEXTO. Que la Sala Superior, en conclusión, no observó adecuadamente los criterios o factores de peligro de fuga legalmente establecidos. De igual manera, incorporó inferencias probatorias incorrectas para la apreciar el peligro de fuga y, además, los argumentos incorporados eran insuficientes, loque dio lugar a una prisión preventiva, desde el peligro de fuga, irrazonable.

∞ En mérito a los razonamientos expuestos, no hace falta una nueva audiencia o debate para decidir la medida de coerción de prisión preventiva, por lo que esta sentencia casatoria será rescindente y rescisoria (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal). Se impondrá, según lo anotado, la medida de comparecencia con restricciones (artículos 287 y 288 del Código Procesal Penal).

211

§211. Vigilancia electrónica personal

Acuerdo Plenario	02-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La vigilancia electrónica personal se erige: 1. Como una alternativa (i) a la medida de prisión preventiva impuesta, o (ii) a las propias restricciones ya aplicadas para cambiarlas, total o parcialmente, por aquélla. 2. Como una opción directa de comparecencia con restricciones, en caso consten en autos la prueba documental y demás exigencias previstas por la Ley y el Reglamento.

El proceso de colaboración eficaz, mientras dure su tramitación, también permitiría la aplicación, como medida de coerción personal, de la vigilancia electrónica personal.

El artículo 9 de la Ley prevé ocho reglas de conducta taxativas –de necesaria inclusión– y una cláusula abierta "Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta".

La decisión de revocatoria se decide por el juez en una audiencia (artículo 13.2 de la Ley y 12.1 del Reglamento). La pretensión de revocatoria o de amonestación, en su caso, debe ser presentada por el fiscal.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 2. Vigilancia electrónica personal como medida de coerción personal

9. Según el artículo 6, literal a), de la Ley, la vigilancia electrónica personal se erige: 1. Como una alternativa (i) a la medida de prisión preventiva impuesta –ya ejecutada o pendiente de ejecución– (reformarla, vía cesación de la prisión preventiva, por un mandato de comparecencia restrictiva con la imposición de la restricción de vigilancia electrónica personal), o (ii) a las propias restricciones ya aplicadas para cambiarlas, total o parcialmente, por aquélla. 2. Como una opción directa de comparecencia con restricciones, en caso consten en autos la prueba documental y demás exigencias previstas por la Ley y el Reglamento. En todo caso, es de aplicación el artículo 288, inciso 5, del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1229, de 25 de septiembre de 2015, por lo que se configura, siempre, como restricción típica de la comparecencia desarrollada por el artículo 287 del citado Código.

   Es obvio, desde esta concepción normativa, que la vigilancia electrónica personal tiende a disminuir las medidas privativas de libertad o de encarcelamiento preventivo. Como tales, resultan compatibles con la tutela del proceso. Por tal razón, su finalidad se dirige a garantizar la permanencia del imputado en el proceso [conforme: LOLI PRUDENCIO, LUCY LILIAN: Obra citada, p. 58].

   La especialidad procedimental de esta restricción, empero, estriba en que para imponerla se requiere, por lo general, de un trámite especial, ya indicado líneas arriba: pedido de parte expreso y ratificación en la audiencia de vigilancia electrónica personal, medios de prueba documentales específicos y preceptiva audiencia con debate contradictorio con la Fiscalía.

10. El artículo 7 del Reglamento, que regula el procedimiento de la vigilancia electrónica personal para los procesados, estipula que,

en efecto, esta medida procede como una alternativa a la prisión preventiva por comparecencia restrictiva o por cesación de la prisión preventiva. Debe aclararse, sin embargo, que la cesación de la prisión preventiva (artículo 283 del Código Procesal Penal) está referida a presos preventivos que están sufriendo el encarcelamiento o aquellos que tienen dictado en su contra mandato de prisión preventiva pero que no han sido capturados o puestos a disposición de la justicia. No hace falta, para la cesación de la prisión preventiva, que el imputado se encuentre sufriendo efectivo encarcelamiento preventivo; solo es necesario que la autoridad judicial haya dictado un mandato firme de prisión preventiva.

De otro lado, la medida de comparecencia con la restricción de vigilancia electrónica personal puede ser pedida, si se trata de una audiencia de prisión preventiva, como una pretensión propia del imputado frente a la formulada por el Ministerio Público. Incluso el fiscal, antes de las cuarenta y ocho horas de la audiencia de prisión preventiva y dentro de ella, también puede solicitarla variando su inicial pretensión de prisión preventiva. La procedencia de la misma estará condicionada, desde luego, a que se cuenten con los medios de prueba documentales necesarios (artículo 7.2 del Reglamento). El informe favorable de verificación técnica emitido por el INPE, asimismo, es indispensable para la estimación de esta medida.

11. La vigilancia electrónica personal está sujeta a tres presupuestos materiales: 1. Presupuestos técnicos, 2. Presupuestos jurídicos. 3. Presupuestos económicos [MILLA VÁSQUEZ, DIANA GISELLA: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias, Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 661-663].

Los presupuestos técnicos condicionan la procedencia de la medida de vigilancia electrónica personal a la disponibilidad de los dispositivos electrónicos por parte del Estado y, además, que conste un informe positivo de verificación técnica del domicilio o lugar donde se va a cumplir la medida, así como del lugar de trabajo o de cualquier otro lugar donde el beneficiario se vaya a desplazar, a los efectos de que se pueda realizar el monitoreo de los desplazamientos del imputado.

Los presupuestos jurídicos están sujetos a la acreditación, mediante prueba documental, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley. El

indicado precepto legal estableció una (i) regla general –referida a la entidad del delito y a su reacción punitiva: mínima mediana lesividad del hecho–, seguida de (ii) exclusiones según el delito imputado –se incorporó un listado extenso y preciso, bajo criterios de política criminal por considerarlas una grave amenaza para la seguridad ciudadana–, el tipo normativo de peligrosidad individual (reincidentes o habituales) y de conductas anteriores que merecieron revocatoria de las penas no privativas de libertad, así como de (iii) una pauta de priorización según especiales condiciones del imputado radicadas en motivos humanitarios –esta última, debe entenderse, en tanto esta institución jurídica, entro otros fines, busca fomentar la desprisionización, que la prioridad debe referirse en el orden de atención o el trámite de las solicitudes, sin que ello implique que los casos pospuestos se dejarán de atender [RÍOS PATIO, GINO: El Grillete Electrónico: ¿efectiva desprisionización? Universidad San Martín de Porres, Repertorio Académico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016].

Los presupuestos económicos, en principio, se articulan en que el beneficiario debe asumir, según sus condiciones socioeconómicas, los costes del servicio de vigilancia electrónica personal, salvo expresa exoneración, total o parcial, por orden judicial.

12. La regla general es que la vigilancia electrónica personal procede, para el caso de los procesados, "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho (08) años" (artículo 5, apartado 1, literal 'a', de la Ley). La pena prevista, más allá de la indefinición del texto normativo, debe ser, como se optó para la prisión preventiva y para los condenados, la pena concreta pronosticada, que no será mayor a ocho años de privación de libertad. Una razón fundamental para justificar esta opción hermenéutica estriba en que (i) si se trata de una limitación de un derecho fundamental (libertad de tránsito o deambulatoria y, en ciertos casos, de la propia libertad personal), entonces, la interpretación debe ser extensiva (artículo VII, apartado 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal); y, además, (ii) el principio-derecho igualdad ante la ley se vulneraría en la medida en que tratándose de una misma institución jurídica se optan por dos baremos distintos (para la medida de coerción y para la pena, para

el imputado y para el penado) sin justificación razonable alguna. La vigilancia electrónica personal como pena y como medida de coerción persiguen evitar la privación de libertad en un establecimiento penal y sus efectos criminógenos, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectivamente impuesta y pena probable. Se impone, pues, una interpretación conforme a la Constitución, unificadora de ambos supuestos y que, desde luego, el texto de la ley –el sentido literal posible de la norma– no impide.

13. El literal c) del apartado 1 del artículo 5 de la Ley incorpora excepciones puntuales en función a determinados delitos, lo que podría explicarse por razones de prevención general dada la gravedad de los mismos, la alarma social por su comisión y los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Empero, lo que permite dudar de su corrección jurídica sería que, en pureza, incorpora presunciones iure et de iure, de suerte que los intervinientes en esos delitos, pese a que se les puede imponer una pena no mayor de ocho años de privación de libertad –expresión de su mediana gravedad, de por sí son peligrosos y no cumplirían las reglas de seguridad que esta institución consagra –criterio último que solo funcionaría, en el caso concreto, si se concluye que la reinserción social no será más efectiva en medio libre o que huiría o se involucraría en obstaculizar la actividad de esclarecimiento del proceso penal, que el propio artículo 3.1, literal a), a contrario sensu, consagra como eje del principio de proporcionalidad de la medida, y que el literal b) de ese precepto afirma como pauta fundamental de individualización de la medida–.

14. Desde la perspectiva individual se requiere que el imputado no tenga la condición de reincidente o habitual y que con anterioridad no se le haya revocado una pena privativa de libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, así como que tenga arraigo laboral, familiar y social, tal como se desprende del artículo 5-A del Reglamento. En consecuencia, se entiende que si estos presupuestos se presentan, unidos al delito atribuido, respecto del que existe sospecha fuerte de comisión, y siempre que no estén en la lista de delitos inexcarcelables a través de la vigilancia electrónica personal, así como que reúnan las condiciones de arraigo correspondientes, el juez deberá conceder esta medida.

§ 3. Otros supuestos de aplicación de la vigilancia electrónica personal

15. El artículo 8.2, párrafo segundo, del Reglamento estipula que la vigilancia electrónica personal también procede "[...] dentro del proceso especial de terminación anticipada o en la conclusión anticipada del juicio oral –conformidad procesal, diríamos nosotros– [...]". Empero, esta disposición se ubica en el supuesto de vigilancia electrónica personal respecto de condenados; y, de otro lado, no se pronuncia respecto del proceso especial de colaboración eficaz.

16. Es de preguntarse si en los dos procesos especiales aludidos y en el proceso común en caso de conformidad procesal es posible la utilización de la vigilancia electrónica personal como medida de coerción personal. Si bien no está definida una exclusión de principio a esta posibilidad, su aplicación (para el proceso especial de terminación anticipada y la conformidad procesal en el proceso común) solo sería viable durante la sustanciación del procedimiento de impugnación de sentencia, así fuere el caso y siempre que se cumplan los presupuestos y condiciones que Ley y el Reglamento preceptúan –por lo demás, también podría discutirse la aplicación de la vigilancia electrónica personal en el proceso común cuando se pide la reforma o la sustitución de las medidas de coerción en la etapa intermedia (artículo 350, apartado 1, literal 'c', del Código Procesal Penal). Recuérdese que mientras la sentencia no quede firme la privación de libertad solo tiene una función cautelar y aseguratoria de la prueba.

17. El proceso de colaboración eficaz, mientras dure su tramitación, también permitiría la aplicación, como medida de coerción personal, de la vigilancia electrónica personal. Es de tener presente que una de las fases más importantes de este proceso penal especial es la corroboración, de suerte que durante su interregno, si se cumplen determinados –no todos– presupuestos y condiciones de imposición de la vigilancia electrónica personal será posible hacer uso de ella. Las reglas específicas de la imposición o, de ser el caso, de la variación de la medida de coerción están fijadas, como pautas autónomas, en el artículo 473, apartados 4, 5 y 6, del Código Procesal Penal; solo en defecto de ellas y siempre que no alteren la lógica de la colaboración

y tutela del solicitante de colaboración, será factible aplicar las reglas generales.

18. El artículo 8.3 del Reglamento estipula que en los casos arriba contemplados, luego de verificar los requisitos que definen la vigilancia electrónica personal, se debe acompañar el informe de verificaciones técnicas a cargo del INPE. Su ausencia determinará la suspensión de la audiencia hasta recabarlo –que será una regla general cuando éste no corra anexado en autos en todo tipo de situación procesal–.

§ 4. Resolución que otorga la vigilancia electrónica personal

19. La vigilancia electrónica personal está sujeta al cumplimiento de determinadas restricciones y reglas de conducta. Así lo disponen el artículo 9 de la Ley, así como los artículos 7.4 y 8-A.3 del Reglamento. El auto judicial que la acoge debe señalarlas expresamente (artículo 7.4 del Reglamento).

    El artículo 9 de la Ley prevé ocho reglas de conducta taxativas –de necesaria inclusión– y una cláusula abierta "Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta". El límite para su determinación es, obviamente, que "[...] afecten o puedan afectar el bienestar de la persona" (artículo 6.2 del Reglamento).

    Tratándose de vigilancia electrónica personal para imputados, las reglas apuntan, tendencialmente, como no puede ser de otra manera, a evitar el riesgo de fuga o de obstaculización, es decir, garantizar la incolumidad de la restricción coercitiva. Así, incluso, es la perspectiva cuando se trata de establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios cuando se opte por la vigilancia electrónica con tránsito restringido: eficacia del seguimiento y monitoreo en tanto regla de carácter técnico interna, de un lado; y, reducción del peligro procesal, en tanto regla propiamente procesal y finalista, de otro lado (artículos 12.1 de la Ley y 6.2 del Reglamento).

20. El artículo 8-A del Reglamento impone otra regla de conducta: "[...] la participación del beneficiario en las actividades y/o programas que promuevan una adecuada reinserción social o control de la medida en los establecimientos de medio libro, teniendo en cuenta el lugar

donde se cumplirá esta medida". Empero, esta regla de conducta se circunscribe a los penados, no a los imputados (artículos 13 y 14 del Reglamento), pues la garantía de presunción de inocencia como regla de tratamiento impide tal posibilidad porque importaría considerar a los imputados implícitamente presuntos culpables.

§ 5. Revocatoria de la vigilancia electrónica personal

21. La vigilancia electrónica personal, como toda restricción procesal de la libertad de tránsito, está sujeta no solo a la nota característica del *rebus sic stantibus*, o sea puede ser reformada si cambian las circunstancias que determinaron su imposición (artículo 255, apartado 2, del Código Procesal Penal), sino también a la nota característica de variabilidad, por lo que pueden sustituirse si se infrinjan las reglas de conducta impuestas, teniendo en cuenta "[...] la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado" (artículo 256 del Código Procesal Penal).

22. El artículo 13 de la Ley incorpora un criterio progresivo para poder revocar la vigilancia electrónica personal. En tal virtud, solo se impondrá la amonestación frente al incumplimiento –doloso o culposo– de una regla de conducta y, también, cuando el INPE comunique una alerta leve. Al respecto, el artículo 11.1, literal a), del Reglamento define la alerta leve como aquella emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo que pretende advertir alguna anomalía técnica que puede ser producida por factores ajenos al beneficiario. Este criterio ciertamente es desproporcionado, en la medida en que los defectos del dispositivo no son de cargo del imputado al no haberlo manipulado ni dañado –se entiende, dolosa o culposamente–.

    El artículo 11.1, literal b), del Reglamento, impone la revocatoria de la medida impuesta y su conversión en prisión preventiva, cuando, alternativamente, el imputado (i) haya reincidido en la comisión de un nuevo delito –se requiere una sentencia firme que lo acredite y, obviamente, por un delito cometido después del delito que motivó la vigilancia electrónica personal y, además, se circunscribe a la vigilancia electrónica personal como pena dado que solo así es posible afirmar que se cometió un nuevo delito–; (ii) se haya dictado prisión

preventiva en un proceso distinto; (iii) haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta –más de una vez, esto es, dos o más veces, sin que haga falta un requerimiento previo–; (iv) dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o (v) cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave. Estas alertas importan, en el primer caso (grave) cuando se advierte que el imputado ha iniciado acciones que atentan contra la continuidad del servicio, entre los que contemplan violaciones al radio de acción, desplazamiento u horarios y tiempos, según sea el caso. La alerta muy grave se produce cuando se reportan daños o acontecimientos irreversibles al dispositivo de vigilancia electrónica o al servicio que no permitan el monitoreo y control del beneficiario.

23. Una regla de conducta es el cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico, de ser el caso (artículo 9, literal 'e', de la Ley). A este respecto el artículo 5, numeral 3, del Reglamento señaló que los costos del servicio, fijados mediante una Directiva aprobada por Resolución Ministerial de Justicia y Derechos Humanos, se erigen en presupuestos económicos para la aplicación de la vigilancia electrónica personal, que tendrá en cuenta las condiciones socioeconómicas del beneficiario, salvo que judicialmente pueda exonerarse total o parcialmente. El informe socioeconómico del INPE estudia este aspecto, conforme al artículo 16 del Reglamento.

    Es claro que si se fijó un monto individualizado es porque, en principio, el imputado está en condiciones de solventarlo –costo del dispositivo electrónico y del servicio de vigilancia electrónica–. Empero, no necesariamente la falta de pago será doloso o culposo –únicos supuestos de revocatoria directa–. En determinados supuestos el pago será imposible, en términos absolutos o relativos, al variar las condiciones económicas del imputado, en cuyo caso la revocatoria no será factible. En todo caso el juez, siempre que se invoque, recabará un Informe socioeconómico ampliatorio –sin perjuicio de prueba idónea que pueda presentar el imputado– para determinar si, en efecto, la condición económica del imputado varió de tal manera que impidió el cumplimiento de pago del dispositivo y del servicio.

24. La decisión de revocatoria se decide por el juez en una audiencia (artículo 13.2 de la Ley y 12.1 del Reglamento). La pretensión de revocatoria o de amonestación, en su caso, debe ser presentada por el

fiscal. El principio de rogación, garantía de la imparcialidad judicial, exige esta opción, más allá de que el artículo 10.1 del Reglamento estipula que, como consecuencia del monitoreo –registro de los eventos producidos durante la ejecución de la medida–, el INPE emite informes mensuales que se cursan al fiscal y al juez que dictó la medida. Esto último no constituye, en pureza, un pedido de revocatoria, sino una mera dación en cuenta, por lo que corresponderá al fiscal una primera evaluación y determinación si corresponde instar o no la revocatoria. La solicitud de revocatoria, en forma, ha de ser planteada por el Ministerio Público a través de un requerimiento fundado.

25. La audiencia de revocatoria de la vigilancia electrónica personal en caso de medida coercitiva, conforme al artículo 8-A del Reglamento, frente al pedido del fiscal, acompañada de los recaudos probatorios correspondientes, se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido el requerimiento de revocatoria por el Ministerio Público. Los preceptos de remisión son los artículos 271 y 283 del Código Procesal Penal

    La audiencia, conforme al artículo 12.2 del Reglamento, tiene el carácter de inaplazable y se realiza con la presencia obligatoria del fiscal, la defensa y el beneficiario –si este último se niega a estar presente o no es habido, solo será necesaria la presencia de su defensor–. Las diligencias inaplazables son aquellas fijadas en el artículo 85, apartado 1, del Código Procesal Penal, que el Reglamento extiende a las audiencias de revocatoria de la vigilancia electrónica personal. Respecto del defensor, si éste no asiste, se reemplazará por otro que en ese acto designe el beneficiario o por un defensor público –sin perjuicio de la sanción que se impondrá al defensor inasistente–. El objetivo es que la audiencia no se aplace, pese a eventuales inasistencias del imputado o de su defensa de confianza.

212

§212. Procedencia de la medida de impedimento de salida del país en la investigación preliminar, doctrina legal

Acuerdo Plenario	03-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 295 del NCPP

RESUMEN:

El impedimento de salida es una medida de coerción cautelar personal, que está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y asegurar los fines legítimos del proceso.

Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada –incluso más allá del debate teórico acerca de si debe denominársele "imputado" o no– es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que la ley lo prevea y en el modo, oportunidad y forma que lo establezca.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 1. Medida de impedimento de salida – regulación normativa

19°. En conclusión, está vigente la Ley 27379 (y modificatorias) en su ámbito de aplicación como ley especial; y, paralelamente, el Código Procesal Penal de acuerdo a sus respectivos supuestos fácticos y lineamientos de vigencia. Se trata de bloques normativos que no se oponen entre sí. No se está, por cierto, frente a una antinomia insuperable.

§ 2. Naturaleza jurídica del impedimento de salida

20. El impedimento de salida es una medida de coerción cautelar personal, que está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y asegurar los fines legítimos del proceso. Con tal fin, su imposición importa la limitación a la libertad de tránsito prevista en el artículo 2, ordinal 11, de la Constitución Política del Perú.

21. Un sector doctrinario ha sostenido que el impedimento de salida no constituye una medida de coerción que responda a su fin, sino que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad, por lo que no se requiere que se evidencie un peligro –por parte del imputado– de obstaculización de la investigación. Como medida de seguridad procesal asegurar el proceso de conocimiento de los hechos mediante la limitación de ciertos derechos del imputado o de un testigo importante, por lo que tendría, genéricamente, una naturaleza de medida instrumental restrictiva de derechos.

22. En todo caso, tal medida limitativa de derechos pretende básicamente evitar el entorpecimiento de la averiguación de la verdad y, de este modo, asegurar la presencia del imputado, pero para su dictación es necesario acreditar el riesgo concreto de fuga o de desaparición. Así también lo señala SAN MARTÍN CASTRO cuando indica que:

> Esta medida se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin. El articulo 295 NCPP señala su necesidad cuando «resulte indispensable para la indagación de la verdad»,

lo que se traduce en su presencia en el lugar del proceso para consolidar la actividad de investigación y de prueba.

CHIRINOS ÑASCO, citando a PEÑA CABRERA FREYRE, sostiene que la salida del imputado del país:

[...] Se puede definir como una medida cautelar personal como la limitación en el ámbito territorial en el que puede transitar el imputado, limitándose únicamente a esa área geográfica todas sus actividades laborales, comerciales, sociales, personales, entre otras; bajo apercibimiento de revocar esta medida coercitiva por otra más gravosa como la prisión preventiva. [...] .

Con respecto al impedimento de salida del país, es una medida de coerción personal que restringe el derecho de circulación del imputado. Su fundamento estriba en disminuir el riesgo de fuga del imputado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el impedimento de salida del país puede ser considerado una medida restrictiva no autónoma sino derivada del mandato de comparecencia restrictiva –restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito– [aunque, cabe resaltar, que el impedimento de salida tiene una regulación propia, al margen de las restricciones específicas de la comparecencia restrictiva, sin perjuicio claro está de su posible acumulación, por lo que no se puede sostener su carácter derivado], y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso .

Por su parte CÁCERES & IPARRAGUIRRE, acotan que: «El impedimento de salida del país es una medida coercitiva de carácter personal que solo se justifica cuando existen presunciones de que el procesado rehuirá la acción de la justicia».

Del RÍO LABARTHE tiene expuesto que:

> [...] en el Perú, siempre se ha concebido el impedimento de salida como una medida cautelar personal del procesal penal y, todo indica que la voluntad del legislador en el CPP ha sido la misma. Construir una medida alternativa que pretende erigirse en una opción más para asegurar el proceso y su resultado, atendiendo a la distinta intensidad del peligro de fuga en uno y otro caso. Otra cosa es que haya logrado su cometido. [...]

El artículo 295 del CPP regula, o en realidad intenta regular, dos figuras claramente diferenciadas: una medida de aseguramiento de imputado, dirigida a que permanezca disponible para el proceso; y, una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad, asegurando un concreto acto de investigación que además, se juzga «importante» (testigo importante).

ASCENCIO MELLADO sobre esta figura expresa que:

> El impedimento de salida consiste en una medida cautelar, pues cautelar es su finalidad, independiente de la comparecencia con restricciones, cuya finalidad exclusivamente se limita a asegurar la investigación, aunque el peligro de obstaculización no provenga del imputado y que es incompatible con la prevista en los artículos 287 y 288 que, si proceden, excluye a esta más definida y particular.

HESBERT BENAVENTE indica al respecto:

> El impedimento de salida del país es una medida coercitiva personal adicional a la de comparecencia con restricciones, en cuanto que también está destinada a asegurar la vigencia y eficacia de la comparecencia restringida (evitando la fuga del imputado). Pues, tal como ha señalado la doctrina procesal penal, el impedimento de salida del país, si bien no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, sí 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.

23. En conclusión, de las anotaciones doctrinales precedentes puede advertirse que el impedimento de salida en el ordenamiento jurídico nacional tiene la doble manifestación de una medida de coerción personal que tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado frente a una persecución penal –esto es, controlar el riesgo de fuga–, incluso desde las diligencias preliminares; y, también, de una medida de aseguramiento personal destinada a los testigos importantes.

§ 3. Las diligencias preliminares y sus implicancias

25. De la concordancia de los artículos 330 y 336 del CPP se colige, de un lado, que el objeto de las diligencias preliminares estriba en la realización de actos urgentes o inaplazables de investigación 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 involucradas en su comisión y asegurarlas debidamente; y, de otro lado, que su finalidad consiste en la determinación por el fiscal si promueve o no la acción penal a través de la Disposición de Continuación y Formalización de la investigación preparatoria, siempre que exista sospecha reveladora, entre otros elementos, de la existencia de un delito y que se individualizó al imputado.

    Las diligencias preliminares tienen como objetivo necesario «[...] determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial –que no jurisdiccional– y, por ende, el proceso penal». Ello explica los plazos breves del impedimento de salida en sede de diligencias preliminares, así como de las propias diligencias preliminares.

26. Por su parte, el artículo 329 del CPP prescribe que: «[...] el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito [...]». Sobre esa base, la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 de la Corte Suprema, en el fundamento jurídico veintitrés sostuvo que: «[...] para la emisión de la disposición de diligencias preliminares solo se requiere sospecha inicial», es decir, el grado de conocimiento requerido para instaurar las diligencias preliminares es el de sospecha simple».

§ 4. Situación problemática y justificación

34. Ahora bien, como consecuencia del examen de los preceptos que regulan esta institución, es de destacar la existencia, de un lado, (i) de una ley especial vigente para un ámbito de aplicación específico en la sub-fase de investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a la Ley 27379 y sus normas conexas y modificatorias; y, de

otro lado, (ii) del Código Procesal Penal que disciplina el impedimento de salida del país en la sub-fase de investigación preparatoria formal, en ambos casos a través de un régimen común y solo con algunas diferencias específicas, de suerte que es factible dictar la medida de impedimento de salida tanto a nivel de la investigación preliminar o diligencias preliminares –en los supuestos legalmente previstos– como ya instaurada la investigación preparatoria formal.

38. Es de destacar que según el numeral 2 del artículo 330 del CPP, «las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinadas a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad». Ello significa que existe una imputación preliminar –a diferencia de una imputación formal (artículo 336, numeral 1, del CPP)– sobre la base de una sospecha inicial simple, con un nivel de concreción razonable, en cuyo contexto sin duda el imputado tiene derechos y es factible la implementación de medidas limitativas, sujetas por lo demás a sus propios presupuestos en cuanto al juicio de imputación –una exigencia legal está en función a la propia realización de diligencias preliminares de investigación y otra, por sus propios presupuestos configurativos, a la imposición de medidas limitativas de derechos–. No sería razonable ni legítimo ni correspondería a un Estado Constitucional, una investigación por hechos que no tengan connotación penal y mucho menos, la denominada inquisitio generalis, entendida como una indagación general sobre una persona, sin elementos de juicio mínimos sobre una conducta con apariencia de delito o delitos.

Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada –incluso más allá del debate teórico acerca de si debe denominársele "imputado" o no– es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que la ley lo prevea y en el modo, oportunidad y forma que lo establezca. Desde la legitimidad constitucional de la medida, desde luego, es aceptable tal conclusión, siempre y cuando se cumplan los presupuestos del principio de intervención indiciaria y los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad.

Es de subrayar que toda medida limitativa de derechos debe implementarse bajo las pautas y principios señalados en el artículo VI del Título Preliminar del CPP, que entre otros presupuestos exigen suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto al principio de proporcionalidad, principio aplicable en todos los ámbitos según la sentencia del Tribunal Constitucional 02748-2010-PHC/TC–Lima, caso Mosquera Izquierdo.

La primera permite su imposición sin necesidad de audiencia y el segundo autoriza su imposición mediante la previa realización de una audiencia de acuerdo a lo estipulado en el apartado 6 del artículo 296 del CPP. Será el Ministerio Público el que, de los supuestos de hecho y objetivos concretos en el marco de sus funciones constitucionales en el ámbito penal, invoque una u otra posibilidad en los casos concretos, y con efectos específicos.

39. En relación al tema, también la Sentencia del Tribunal Constitucional 01064-2010-PHC/TC, Lima, de 12 de noviembre de 2010, sancionó su viabilidad, al expresar:

> 11. Como se ha dejado expuesto en los fundamentos precedentes, una de las formas de limitación de la libertad de tránsito puede estar constituida por el mandato judicial de impedimento de salida del país. Respecto de ello es necesario señalar que está prevista legalmente en el artículo 2, inciso 2) de la Ley 27379, que señala que esta medida coercitiva se adoptará en tanto resulte indispensable para los fines del proceso y siempre que no sea necesaria una limitación más intensa de la libertad personal. Más recientemente el Nuevo Código Procesal Penal, de vigencia en una buena parte del país, la ha recogido de modo expreso en los artículos 295 y 296 superando la omisión del antiguo Código de Procedimientos Penales.
>
> 12. Esta materia no resulta ser novedosa para la jurisprudencia constitucional, pues este Colegiado ya ha tenido oportunidad de estudiarla y evaluar su validez constitucional al emitir pronunciamiento en la STC 3016-2007-PHC/TC, en cuyo fundamento 11 ha tenido la oportunidad de señalar que: «... no toda intervención a un derecho fundamental per se resulta

inconstitucional, pero sí puede resultarlo cuando la misma no se ajuste plenamente al principio de proporcionalidad. Y es que si bien, es atribución del juez penal dictar las medidas coercitivas pertinentes a fin de asegurar el normal desarrollo y fines del proceso, y por tanto, puede imponer el impedimento de salida del país, dicha medida coercitiva debe reunir, por lo menos, los siguientes requisitos: a. Debe ser ordenada, dirigida y controlada por autoridad judicial. Lo que significa que sólo mediante decisión judicial se puede imponer la medida provisional personal de impedimento de salida del país. b. La decisión judicial debe contener los datos necesarios de la persona afectada. Lo que supone que dicha decisión mínimamente debe contener los nombres y apellidos completos de la persona afectada; el número de su Documento Nacional de Identidad; el órgano jurisdiccional que lo dispone; el número o identificación del expediente y el delito por el cual se le investiga o procesa. Estos mismos requisitos deben ser registrados por la autoridad administrativa competente. c. Debe estar debidamente fundamentada y motivada. Lo que significa que deben señalarse las razones o motivos que supuestamente justifican la imposición de dicha medida, y en su caso, de la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso. d. Debe señalarse la duración de la medida. Si bien la norma preconstitucional no señala un plazo de duración del impedimento de salida del país; ello no obsta para que el juez de la causa, en cada caso concreto, señale un plazo determinado, o de ser el caso, establezca la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso; en este último caso, deberá ser dictado razonablemente atendiendo a las necesidades que existan al interior de cada proceso, tales como el asegurar la presencia del imputado en el proceso, el normal desarrollo del mismo, el evitar que se perturbe la actividad probatoria y la efectividad de las sentencias. En cualquier caso, esta medida no puede durar más allá de lo que puede durar el proceso penal, pues, existiendo sentencia condenatoria con mandato de detención no hay razón alguna para mantener su vigencia. O más aún, si se trata de procesos fenecidos con sentencia absolutoria o de un sobreseimiento, resultará totalmente arbitrario que dicha medida subsista…».

13. Como se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional recayó sobre la medida de impedimento de salida del país impuesta dentro de un proceso penal; sin embargo, ello no es óbice para que este Colegiado establezca que dichas reglas también le son aplicables a todos aquellos supuestos de impedimento de salida del país, sea cual fuera la naturaleza del proceso del cual derivan. Y es que dichas reglas cumplen una doble función; por un lado constituyen lineamientos objetivos que han de tener presente los órganos jurisdiccionales al momento de dictar una medida como la que es objeto de análisis y, por otro lado, sirven como garantías mínimas para la persona a la cual se le va a imponer dicha medida y, colateralmente, para la protección de terceros que podrían encontrarse perjudicados con una medida de impedimento de salida del país.

40. Todo lo reseñado es coherente con la viabilidad de la medida de impedimento de salida del país en caso de los altos funcionarios del Estado, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, a propósito de la Ley 27399 que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de dichos funcionarios.

Al respecto, se ha pronunciado SAN MARTIN CASTRO, expresando que:

A. Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para-estatal (...) son: [...] (2) la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000, que permitió expresamente a la Fiscalía realizar investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, así como solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos, tales como [...] el impedimento de salida del país o de la localidad [...].

Así mismo refiere:

> Las denominadas medidas cautelares «preprocesales», esto es, las solicitadas y dictadas ante causam, o sea con anterioridad al inicio del proceso -de ahí la denominación de «precautelar»-, han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como

es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley 22095, artículo 73, de 2 de marzo de 1978; Decreto Supremo 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994); y en la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000.

10. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

213

§213. Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual

Acuerdo Plenario	4-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores y Loli Bonilla.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	173°NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° al 36°

RESUMEN:

El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. ***Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez*** *que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.* ***El juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano****; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.*

FUNDAMENTOS:

Criterios para la valoración de la prueba pericial

15º. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16º. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17º. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia *[BANACLOCHE PALAO, Julio: Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].*

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

18º. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "*Pruebas científicas y estándares de calidad", en La prueba en el proceso penal acusatorio.* Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes:

A. La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.

B. El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.

C. La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.

D. La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general "general acceptance" deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar

la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [SANDERS, Joseph: "*La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos*", en Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. ll0].

19°. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20°. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

21°. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello

es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL).

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

A. La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.

B. El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral. Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.

C. Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.

D. Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base

para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [*Taruffo, Michele: La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100]*.

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fáctico o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [Climent Duran, Carlos: La prueba penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da. edición, 2005, p. 847].

El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [*Pacheco De La Cruz, José Luis/ Pacora Portella, Percy/De La Cruz Chamilco, Nancy/ Díaz Cubas, Noelia: Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: /www.fihu-diagnostico. org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197. html].

25°. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes,

se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

26°. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fi suras, despulimiento de las mucosas *[GRANDINI GONZALES, Javier: Medicina forense, Mc. Graw Hill, México D.F, 2010, p. 101].*

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennizacion del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio.

28°. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fi dedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [*UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO:*

Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios, Santiago de Chile, 2008, p. 37

29º. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente *[DE GREGORIO BUSTAMENTE, Álvaro: Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.]*:

A. El evaluado tiene capacidad para testimoniar.

B. Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.

C. Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.

D. Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.

E. Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30º. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

A. Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).

B. Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31º. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero,** que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo,** que el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. Tercero, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre

la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Cuarto, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

La pericia psicológica forense en los delitos sexuales.

32°. El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento –que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado– y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [*ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en Psicothema. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].*

33°. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión *[ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: "La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género", en Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].*

34°. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado;

es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [*ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en Psicothema. Vol. 14 (2002), p. 140]*. Por esta razón, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial *[POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: Manual de Criminalística, Dirección de Criminalística, Lima, 2006, p. 356]*.

35º. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36º. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

A. La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.

B. De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.

C. Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.

D. Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la

Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.

E. El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas2 tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas *[ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ:* "Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas", *en Análisis y modificación de conducta, Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140.* Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios *[DEMUS: Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado, DEMUS, Lima, 2010, p. 6].*

214

§214. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual

Acuerdo Plenario	1-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Barrios Alvarado y Villa Bonilla.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	21º al 38º

RESUMEN:

El delito de violación sexual resguarda el bien jurídico de la libertad sexual o de la indemnidad sexual -según la víctima del caso concreto-, reprimiendo un abuso sexual indeseado o no consentido. Por tanto, ***la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual no es de relevancia para la comisión del delito****, en tanto el tipo penal incluye la amenaza como medio comisivo del mismo, y –además- por la presencia de circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima. Es así que* ***la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso****.*

Por otro lado, y debido a la especial naturaleza de este delito, la retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo, pues es a causa de ello que se mantiene como centro de diferentes presiones y culpas post denuncia. Por tanto, ***la validez de la retractación de la víctima se***

encuentra en función de un análisis interno *–que incluirá la solidez o la debilidad de la declaración incriminatoria inicial; la coherencia interna del nuevo relato; y la razonabilidad de la justificación del sujeto pasivo por realizado una "denuncia falsa"-,* ***y externo*** *–que considerará los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima que pudieron haber influenciado en el cambio de versión; y la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia-. En este sentido,* ***la prueba valorada en un proceso penal por delito de violación sexual deberá tener en cuenta medios de corroboración diferentes a la prueba médico forense como una la prueba de actuación obligatoria por excelencia.***

Asimismo, es necesario evitar la victimización secundaria y la revictimización del sujeto pasivo del delito, sobre todo –y de forma obligatoria- en caso de menores de edad.

FUNDAMENTOS:

"Planteamiento de la problemática propuesta:

6°. La propuesta del Foro de "Participación Ciudadana" parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085- 2004/Cañete.

7°. A modo de propuesta los juristas participantes en el "Foro de Participación Ciudadana" plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:

A. Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar:

a. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c. Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d. Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

B. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

C. Que no es causal de absolución la denominada "declaración única" y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

D. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

Precisiones en torno al enfoque sugerido:

8°. En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad[149].

---

[149] La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: "*(l)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales*".

9°. Las "perspectivas de género" *-per se-* si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzáles (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

10°. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género*? Artículo publicado en el "Diccionario de estudios de Género y Feminismo". Editorial Biblos 2008. http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: **a)** la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; **b)** la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual

en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y, **c)** la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado –la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf]. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual:

11°. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12°. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

13°. La conducta básica sanciona a aquél que *"con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías..."*. Para DONNA *"... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente"* [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386*)*. La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14°. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15°. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, "*...entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir*" [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada *"intangibilidad"* o *"indemnidad sexual"*. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial:

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

A. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima - alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

B. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y

C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D. Evitación de una victimización secundaria.

Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual:

18°. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA "... *para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano,* 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo

del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

19°. Respecto a la primera -la amenaza- *"...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido..."*. Esto es, *"...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que *"...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia"* [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, *"...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia"*.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que *"hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros"*. El artículo 216° del citado Código agrega que *"para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad"*.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza

grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima:

22°. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

23°. Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten

datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

25°. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padrastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

26°. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado *-venganza u odio-* y la acción de denunciar falsamente. Respecto

de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

27°. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: "*...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado*".

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

La prueba en el Derecho Penal Sexual:

28°. El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y

que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

29°. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

30°. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

31°. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con

el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

32º. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

33º. Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

34º. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria

y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

35º. La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si ***(i)*** tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; ***(ii)*** o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

36º. Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

Evitación de la Estigmatización secundaria[150]:

37°. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38°. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio.

---

[150] La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera." (Sic.)

215

§215. Valor probatorio de la pericia no ratificada

Acuerdo Plenario	2-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Art. 259º del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8º y 9º.

RESUMEN:

Es razonable excepcionar la obligatoriedad del examen pericial realizado en sede de instrucción ***cuando el dictamen o informe pericial no requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido esté integrado por aportes técnicos consolidados****. Pese a ello, se procederá con la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia en dos supuestos:* ***a)*** *si las partes lo solicitan; y,* ***b)*** *si es requerida la concurrencia de los peritos y éstos no concurren por cualquier motivo.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** El Título VI "Peritos" del Libro Segundo "De la Instrucción" del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y el examen de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial –el examen pericial-, según el artículo

168° del citado Código, es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.

El Título III "Audiencias" del Libro Tercero "Del Juicio" de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259° del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, serán examinados por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales –presentados en la instrucción o en la audiencia- se lean obligatoriamente.

7°. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados 'Informes Especiales'-, que gozan de una *presunción iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: **a)** el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), **b)** el dictamen o informe pericial –que es la declaración técnica en estricto sentido-, y **c)** el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

8°. La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad-, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente,

el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, ***no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio***. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento- ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

9°. Lo expuesto precedentemente ***no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos*** para el examen correspondiente. Sólo se tiene en cuenta ***1)*** Las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales; ***2)*** Que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia-, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico –falsedad- o el aspecto técnico –inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes- es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y éstos –por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas"

216

§216. Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado

Acuerdo Plenario	2-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 2º-24, d) de la Const., y 283º del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	9º, 10º y 11º.

RESUMEN:

Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, el efecto en la pena impuesta con arreglo a la ley anterior es que ésta debe ser sustituida. Por tanto, si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal establecida en la nueva ley. De forma análoga, si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior la nueva pena debe, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley.

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º numeral 24 literal d) de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados

por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia.

Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

7º. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba -de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados -en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

8º. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial -no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha

de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

9º. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad.

Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10º. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun 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 incredibilidad 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 matizaciones 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."

217

§217. Reglas para la admisión de prueba testimonial ya rendida en juicio de primera instancia

Casación	854-2015-ICA
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 422° del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15°

RESUMEN:

Atendiendo a la doctrina nacional y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional y el derecho comparado, las notas que autorizan la admisión de prueba testimonial ya rendida en el juicio de primera instancia son, copulativamente: ***i)*** *La presencia de un defecto grave de práctica o valoración de la prueba personal en primera instancia.* ***ii)*** *Que la información brindada por el testigo pueda variar la decisión del a quo. Por la importancia de estas vulneraciones y de la información contenida se puede ingresar este material probatorio sin afectar los principios de inmediación, contradicción, derecho de defensa y plazo razonable.*

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

1. *Aspectos generales*

PRIMERO. Se imputa al acusado que el 27 de mayo de 2013, a las 16.30 horas, aproximadamente, aprovechando su condición de Director de la Institución Educativa Teodosio Franco García de Ica, hizo ingresar a la menor agraviada a su oficina, ante la necesidad de ella de retirarse de las instalaciones educativas por encontrarse delicada de salud. Luego de conversar por un breve lapso, procedió a cogerla de las mejillas y darle un beso en la boca a la fue seguidamente, le agarró las nalgas, alzándole la falda con tal finalidad, tocándole las piernas y besarla nuevamente, metiendo su lengua. Le prometió regalarle zapatos y ropa por su cumpleaños y le entregó veinte nuevos soles, que lo colocó en el bolsillo de su blusa presionando con fuerza su seno izquierdo.

SEGUNDO. El recurrente en su escrito de casación sostiene que la interposición de su recurso es por la causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Argumenta que el 22 de mayo de 2015 solicitó a la Sala de Apelaciones cite a los testigos Alex Javier Pillaca Castillo, Nora Mercedes Ardiles Marquez y Juan Ramos García a fin que rindan sus declaraciones en juicio, pues estos dan cuenta de graves contradicciones en el relato de la menor, pese a ello, no se admitieron. En dicho sentido, sustenta la causal prevista en el numeral 4 del artículo 427 del referido Código. Al respecto sostiene que resulta necesario que la Corte Suprema emita pronunciamiento sobre la evaluación que debe efectuar el Tribunal Superior, dentro de la facultad con la que cuenta, para citar a los testigos [que declararon en primera instancia] al juicio de apelación, de cara a las exigencias requeridas por el numeral cinco del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, esto es, de inmediación y contradicción. Asimismo, determinar la relevancia de dicha concurrencia a efectos de sustentar el juicio de hecho; así como su implicancia con el derecho a la prueba y de defensa, todas estas garantías constitucionales de carácter procesal recogidas en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Código.

TERCERO. No obstante, la defensa no recurrió la resolución del veintidós de junio de 2015, que le causa directamente agravio, al ser inimpugnable, de conformidad con el inciso 4 del artículo 422 del Código Procesal Penal; recurrió la sentencia que tiene como antecedente aquella resolución y que le causa agravio.

2. *Recurso de apelación y prueba en segunda instancia*

CUARTO. En la teoría de los recursos, al analizar los poderes del Tribunal de Alzada, se toma como referencia dos sistemas de apelación: el limitado y el amplio.

QUINTO. En el primero, el recurso no es autónomo de la primera instancia, sino complementario, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no se formula nuevas declaraciones.[151] En consecuencia, la admisión de pruebas en segunda instancia es total, el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin posibilidad que las partes puedan deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia[152].

SEXTO. En el sistema pleno la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (novum iudicium), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto[153].

SÉPTIMO. Nuestro Código Procesal Penal ha tomado características de ambos, posee un sistema de apelación mixto[154], en consecuencia, solo se admitirán algunos medios de pruebas que cumplan los siguientes requisitos: i) No se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia. ii) Fueron indebidamente denegados, siempre que el recurrente hubiera formulado en su momento la oportuna reserva. iii) Admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. Estos supuestos son similares a los concebidos en el artículo setecientos noventa y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tienen por objeto posibilitar la práctica de la prueba, no sólo para corregir irregularidades probatorias de la primera instancia -quebrantamiento de normas cuya infracción

---

[151] DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: Anuario de Derecho Penal: la reforma del proceso penal peruano, Fondo editorial de la Pontifi cia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 202

[152] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal & litigación oral. Idemsa, Lima, 2010, p. 386.

[153] DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". Ob. Cit., p. 201

[154] Vide: DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias" En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 555.

se permite subsanar en la segunda-, sino también, aprovechando la continuación del proceso, para excepcionar limitadamente las preclusiones allí producidas[155].

OCTAVO. En nuestra jurisprudencia se ha señalado que estas limitaciones tienen que ver con el respeto al principio de inmediación, así el control que en segunda instancia se hace es de derecho y de lo lógico y razonado de las decisiones que se han hecho en primera instancia, como lo señala la sentencia de Casación número 03-2007-Huaura, del 07 de noviembre de 2007, que indica que "corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. El relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia".

La repetición de prueba de testigos en segunda instancia

NOVENO. Una excepción a este carácter limitado o restringido de la apelación es la establecida en el apartado 5 del artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala: "también serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece trascrito en el acta del juicio".

DÉCIMO. Calderón Cuadrado[156] hace una reseña de esta posibilidad de repetición en el derecho europeo, indica que el § 323 (2 y 3) de la *Strafprozessordnung* (StPO), además de admitir en la vista del recurso nuevos medios de prueba, dispone que podrá prescindirse de la citación de testigos interrogados en la primera instancia y de los peritos, solo cuando la repetición de su interrogatorio

---

155 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. La prueba en el recurso de apelación penal (aplicación jurisprudencial en el proceso abreviado y en el juicio de faltas). Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 82.

156 Ibídem, pp. 116 y 117

no pareciera necesaria para el esclarecimiento de la causa. En Italia el artículo 603 del CPP establece que los litigantes pueden pedir la repetición de pruebas ya practicadas en la instancia o la realización de nuevas pruebas decidiendo el juez en función de su convencimiento sobre el estado de los hechos.

DÉCIMO PRIMERO. Sin embargo, nuestro sistema es más limitado, por lo que, no obstante lo dispuesto por la norma, se debe de tener cuidado, pues se podría desnaturalizar el recurso de apelación al no depurar el ingreso de prueba ya actuada a la audiencia de apelación, así como conculcar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas[157].

DÉCIMO SEGUNDO. En ese sentido, no podría repetirse la prueba testimonial desarrollada en primera instancia, solo por la insatisfacción que produzca al litigante un determinado resultado probatorio[158], pues se deben tener razones estrictamente fundamentadas para ello.

DÉCIMO TERCERO. Para Miranda Estrampes[159] no parece desacertado que en determinados supuestos quem de las pruebas practicadas en primera instancia [...] en aquellos casos en que el recurrente lo solicitara, especialmente cuando la apelación se fundamenta en la impugnación del convencimiento judicial resultante de la apreciación de uno o varios medios de prueba concretos (por ejemplo cuando se denuncia la falta de credibilidad del testigo).

DÉCIMO CUARTO. La Sala Penal Permanente en el recurso de apelación N° 02-2009-La Libertad, seguido contra altos funcionarios, emitió la resolución del veintiséis de junio de dos mil diez, en el que señala que se aplicará este artículo cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficit de información que impide el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es sólo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del

---

157 MONTÓN GARCÍA, M. Lidón. La prueba en el recurso de casación penal por quebrantamiento de forma (su evolución en la doctrina del Tribunal Supremo: 1882-1997). Tesis doctoral inédita, p. 132. Citado por 312, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Ob. cit., p. 116; y, Sánchez Córdova, Juan H. "El recurso de apelación. Problemas de aplicación derivados de las reforma procesal penal". En: AA. VV. Medios impugnatorios. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

158 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Ob. cit., p. 115

159 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, 1997, p. 635.

material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

DÉCIMO QUINTO. En ese orden de ideas, atendiendo a la doctrina nacional y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional y el derecho comparado, las notas que autorizan la admisión de prueba testimonial ya rendida en el juicio de primera instancia son, copulativamente: i) La presencia de un defecto grave de práctica o valoración de la prueba personal en primera instancia. ii) Que la información brindada por el testigo pueda variar la decisión del a quo. Por la importancia de estas vulneraciones y de la información contenida se puede ingresar este material probatorio sin afectar los principios de inmediación, contradicción, derecho de defensa y plazo razonable.

218

§218. Pertinencia de la prueba científica de ADN

Casación	292-2014 – ANCASH
Fecha	27 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° del CP, Arts. 427° inc. 1 y 429° inc. 1 y 4 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.3.4°, 3.3.5° y 3.3.6°.

RESUMEN:

Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica.

No se puede condenar a un imputado de violación sexual si es que no ha actuado una prueba de ADN. Esto es así cuando dicho medio probatorio tiene vinculación directa con el caso y su actuación sea imprescindible para determinar la imputación y la responsabilidad penal del procesado.

FUNDAMENTOS:

3.3.4: Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no

se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5: La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6: En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

219

§219. Reglas de admisión probatoria de las declaraciones previas del menor en los delitos sexuales

Casación	33-2014- UCAYALI
Fecha	28 de octubre del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	14°, 15° y 25° al 29°.

RESUMEN:

En los casos de delitos sexuales contra menores de edad, si por error el fiscal no incorporara la declaración de la menor al juicio oral, el juez lo deberá hacer de oficio. Igual suerte seguirá la retractación de la víctima, en cuyo caso el fiscal pedirá la confrontación con la declaración inicial.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO CUARTO: Es claro que estas reglas deben considerar la edad de la víctima, mientras menor sea, mayor será la restricción para que declaren en el juicio oral. Por ende, será obligatorio que sobre esta base, en la etapa intermedia, el Fiscal, en casos de delitos sexuales, solicite que se escuche el audio, se visione el video o se oralice el acta donde se registra esta primera declaración, la cual se debe constar en un soporte que permita su incorporación como medio de prueba completo.

DÉCIMO QUINTO: Si, por error, el Fiscal no lo hiciera, sobre la base del interés superior del niño, el papel de garante del juez de los derechos de los ciudadanos y el artículo trescientos ochenta y cinco del Código Procesal Penal, este lo incorporará de oficio en la etapa respectiva. En caso exista retractación por parte de la víctima, también será posible incorporarla, así, el Fiscal, de conformidad con el inciso uno del artículo trescientos setenta y ocho del citado Código, pedirá que se le confronte con su declaración previa.

VIGÉSIMO QUINTO: De ahí que en el proceso penal sea necesario que la declaración de menores sea guiada por un tercero especializado, como un psicólogo, por lo que se deberán seguir los pasos de una toma de declaración en Cámara Gesell (ver Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual del año dos mil diez), de no ser posible, por el juez.

VIGÉSIMO SEXTO: Siguiendo la guía citada debe considerarse que la entrevista sea realizada en los ambientes adecuados y con los artefactos de captación de imagen y sonido en perfecto funcionamiento, a fin que sea preservada. Antes de la entrevista, las partes y el entrevistador se deben reunir con los padres o responsables del niño, niña o adolescente, con la finalidad de obtener sus generales de ley, información preliminar del suceso, las condiciones familiares de aquella y demás información que resulte pertinente para la realización de la entrevista. El entrevistador debe saber los puntos sobre los cuales debe versar la entrevista, los cuales son propuestos por las partes con la intervención del juez.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Si al inicio o durante la entrevista surgen motivos justificados que impidan su desarrollo, se suspende y reprograma la diligencia lo más pronto posible, a fin de asegurar la uniformidad y espontaneidad de la información a ser proporcionada por el niño, niña o adolescente.

VIGÉSIMO OCTAVO: Durante la entrevista se debe tener en cuenta al menos: i) Abordar en la narración de los hechos: fecha, hora, personas que se hallaban presentes, descripción del lugar del hecho y de la agresión sexual, si en ésta hubo acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o si se realizaron otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías o si se produjeron tocamientos indebidos en sus partes íntimas, etc. iii) Identificación del imputado, señas particulares: tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, etc., discapacidad física o mental, lenguaje, actitud, etc. iv) No mencionar el nombre o apellido del procesado antes, durante o después de la entrevista, salvo que el entrevistado lo mencione. v) Evitar inducir la descripción de la persona. vi) Las circunstancias vinculadas al acercamiento y abordaje del

investigado. vii) No formular preguntas que atenten contra la dignidad del niño, niña y adolescente. viii) Otros aspectos que sean pertinentes.

VIGÉSIMO NOVENO: También debe atenderse a: i) La edad, las necesidades y el nivel de desarrollo del niño, niña o adolescente, de acuerdo con su contexto socio-cultural. Debe propiciarse la espontaneidad del relato. ii) Estructurar preguntas que puedan comprenderse fácilmente. iii) Permitir que el niño, niña y adolescente cuente con tiempo suficiente para responder las interrogantes que se le formulan. iv) Formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o sugestivas y evitar aquellas que induzcan a eludir la respuesta y adoptar actitudes negativas. v) Evitar hablar de sí mismo. vi) Evitar expresar verbal o gestualmente acuerdo o desacuerdo con la declaración efectuada por el niño, niña o adolescente. vii) Evitar comparaciones. viii) Se abstendrá de interrumpir al evaluado sin justificación (sólo se acepta la interrupción si tiene un fin específico). ix) No usar terminología que el niño, niña o adolescente no pueda comprender. x) Evitar hablar de temas irrelevantes para el caso.

220

§220. Valoración de la prueba, presunción de inocencia y derecho a la defensa.

Casación	41-2012-MOQUEGUA
Fecha	06 de junio de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rozas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. 2º del TP; 385º,2 y 492º del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4º Considerando

RESUMEN:

Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

FUNDAMENTOS:

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo de dos mil doce -véase fojas veintiuno del cuadernillo de casación- , admitió a trámite el recurso de casación las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido

proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invoca son: Que, el procesado Tirado Rivera, a fojas cuatrocientos cuatro, fundamentó su recurso de casación, amparándose en las causales establecidas en los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sosteniendo que: i) El Tribunal Juzgador inobservó la garantía constitucional al debido proceso, contemplado en el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, específicamente el derecho al juzgamiento imparcial y justo, por la actuación de una prueba de oficio, esta es la declaración de la víctima, ordenada después de que culminó la etapa de admisión y actuación de pruebas; también se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues la sentencia condenatoria se ha basado únicamente en la declaración de la agraviada; de igual modo, sostiene que se inobservó su derecho de defensa, pues se le recortó el tiempo para formular los alegatos de cierre y el Colegiado deliberó en pocos segundos la presente causa; ii) asimismo, sostiene que la sentencia de vista incurre en ilogicidad en su motivación, por cuanto se aprecia un error en la apreciación de la prueba; y, iii) además, se aprecia un apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que ha inaplicado el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, al haber inobservado que las relaciones entre la agraviada y el procesado no deben estar basados en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición; además, la declaración de la menor agraviada es incoherente y no se encuentra corroborada con pruebas periféricas de carácter objetivo que doten de actitud probatoria a la deposición.

DEL PRIMER MOTIVO CASACIONAL: INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

4.3. El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria, al estar basada sólo en la declaración de la agraviada, única prueba actuada de oficio, vulnerándose así su derecho a un tribunal imparcial, asimismo, sostiene que se vulneró su derecho de defensa, al limitársele el tiempo para formular los alegatos de cierre y además, la Sala deliberó la causa en pocos segundos.

4.4. Que, uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio; correspondiéndole a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, se evidencia la existencia de un auténtico vacío probatorio; por lo tanto, si existen pruebas directas o indiciarias, la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra.

4.5. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito al certificado médico legal, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, tales como las declaraciones de los testigos, parientes de la menor agraviada; cumpliendo así con el requisito de suficiencia probatoria, no comprobándose algún vacío probatorio.

4.6. Asimismo, cabe precisar que la Sala se encuentra facultada para que en forma excepcional disponga de oficio la actuación de nuevos medios de prueba, si resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, tal como lo dispone el artículo trescientos ochenta y cinco, numeral dos del Código Procesal Penal; lo cual ha sido indicado por la Sala Superior; por lo tanto, no se evidencia una vulneración a su derecho a un Juez imparcial.

4.7. De otro lado, respecto al tiempo utilizado en el acto de deliberación, este cuestionamiento fue absuelto en la resolución de apelación, en la que precisan que conforme al Informe del especialista legal, el acto de deliberación en cuestión en realidad duró aproximadamente veinte minutos y no unos segundos como alega la defensa del procesado, además que el artículo trescientos noventa y dos, inciso dos del Código Procesal Penal si bien precisa un tiempo máximo para la deliberación, más no así, estipula un tiempo mínimo, no evidenciándose ninguna irregularidad en dicho extremo.

4.8. En relación al tiempo limitado para ejercer sus alegatos de cierre; cabe precisar que el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, el

cual constituye un derecho fundamental e imprescindible de un debido proceso. Derecho constitucional que posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula en apoyo de las suyas; se aprecia del desarrollo del proceso, que el encausado tuvo oportunidad de defenderse, contando en todo momento con un abogado defensor, pudiendo el inculpado contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas, e intervino con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho de defensa como sostiene.

DEL SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: MANIFIESTA ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN:

4.9. Alega el recurrente que se ha incurrido en una manifiesta ilogicidad en la motivación; toda vez que, se aprecia un error en la apreciación de la prueba, pues afirma que la sentencia se sustentó en la declaración del perito Dante Cahuana Calvo; el cual no concurrió al juicio oral, cuestiona también la validez de la declaración testimonial brindada por el tío materno de la menor agraviada, por cuanto éste habría ultrajado a la víctima cuando tenía nueve años de edad, así como las declaraciones brindadas por las peritos, con las que se pretende acreditar la persistencia en la incriminación.

4.10. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el Tribunal o Juzgador se pronuncie en forma expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al Juez Penal corresponde resolver -véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guión dos mil dos guión HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince-.

4.11. En el caso en concreto, se evidencia que la sentencia de vista ha respetado el principio a la motivación de resoluciones judiciales; toda vez que, existe suficiente justificación de la decisión adoptada, evidenciándose congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advirtiéndose que en puridad, lo que el recurrente

pretende es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas -que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria-; pues en rigor, cuestiona la validez de los medios probatorios actuados en el proceso, sobre los cuales determinaron su responsabilidad penal, la cual no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; en consecuencia, no es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

DEL TERCER MOTIVO CASACIONAL: APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

4.12. También el recurrente invocó como causal el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, al otorgarle valor probatorio a lo declarado por la menor agraviada, apartándose de la jurisprudencia establecida en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, pues en su opinión dicha incriminación no reúne los requisitos formales establecidos en el mismo para ser considerado prueba de cargo.

4.13. Al respecto, cabe acotar que dicho cuestionamiento no tiene asidero legal, toda vez que la sentencia de primera instancia y la de vista han fundamentado los motivos por los cuales consideran que la declaración de la víctima reúne los requisitos previstos en el Acuerdo Plenario antes mencionado, advirtiéndose conforme se ha señalado líneas arriba, que realmente lo que pretende el recurrente, es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas, lo cual no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria; ya que ello no cabe realizar por el órgano de casación, por su cognición limitada; no existiendo apartamiento alguno del instrumento jurídico antes mencionado; por lo tanto, tampoco es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

DEL CUARTO MOTIVO CASACIONAL: CAUSAL DECLARADA DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

4.14. Que, si bien en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, solo ha extendido el ámbito causal de su medio impugnatorio a los supuestos precedentemente señalados; sin embargo, debe indicarse que este Supremo Tribunal se encuentra facultado para que de oficio se pronuncie sobre una causal no invocada por el recurrente, cuando tengan por finalidad salvaguardar el principio de legalidad, o corregir una errónea interpretación o una falta de aplicación de

Ley penal, de conformidad con lo estipulado en el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, que a la letra dice: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de la cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso".

4.15. Siendo así, y estando fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible que es materia de pronunciamiento, ocurrido el veintiuno de diciembre de dos mil nueve, por haber violado sexualmente a la menor ya referida, conforme se colige del certificado médico legal de fojas ciento trece –que concluyó: "himen con signos de desfloración antigua, no signos de acto contranatura ni lesiones paragenitales"–, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, hecho ilícito que se consumó cuando la víctima tenía más de dieciséis años de edad -tal como se aprecia de su partida de nacimiento, obrante a fojas ciento treinta y ocho-, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el inciso tres del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Sustantivo.

4.16. Estando a lo expuesto, se advierte que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso quinto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo legal, **a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, debe ser reconducida al inciso dos, del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal** (Ley Penal más favorable al reo), en concordancia con lo estipulado en los Acuerdos Plenarios números uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, del veintiséis de marzo de dos mil doce y cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, referidos a la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, pues tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor

de dieciocho años de edad; en tanto, no medie violencia, grave amenaza o engaño. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, recientemente emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ocho guión dos mil doce guión PI oblicua TC, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores (en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

4.17. Entonces en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemático- protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia del consentimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en los Acuerdos Plenarios número cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

4.18. En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado -que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente- , prevista en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres –primer párrafo– del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, al regulado en el inciso dos, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso once, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto

que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualiza la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guión dos mil ocho guión PHC oblicua TC, Ayacucho.

4.19. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que al haberse recalificado la conducta al segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, los márgenes punitivos han variado, por lo que la sanción legalmente correspondiente es de doce a dieciocho años de pena privativa de libertad; en ese sentido, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación, debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, de dieciocho años de privación de libertad.

221

§221. Prueba prohibida en grabación de conversación telefónica

Recurso de Nulidad	2076-2014- LIMA NORTE
Fecha	23 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 30°1 del C de PP.

RESUMEN:

La conversación telefónica entre el imputado y el denunciante no es prueba ilícita por cuanto: i) Uno de los interlocutores aceptó efectuar la llamada, no intervino un tercero ajeno a la conversación; ii) No se trató de un delito provocado, no se indujo al imputado a delinquir, hubo una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dinero para influenciar a un magistrado; iii) Al tratarse de una conversación entre dos personas no se necesita una autorización judicial; iv) No es ilícito que la autoridad inste a una de las partes a tener una conversación con uno de los imputados y que esa conversación se grabe.

FUNDAMENTOS

SEXTO: Que, de otro lado, se ha desestimado el mérito de la conversación telefónica entre Doig Sánchez y Atencio Gonzáles [actas de transcripción de audio de fojas setecientos cincuenta y nueve y setecientos sesenta y uno: su contenido, por lo demás, es inequívocamente delictivo]. La Sala Superior mencionó que es un prueba inducida, sin autorización judicial y la transcripción no cuenta con la presencia de un defensor.

Sin embargo, no se está ante un prueba prohibida (i) tanto porque se trató de una conversación entre dos personas, una de las cuales era el interlocutor que aceptó efectuar esa llamada -no intervino un tercero ajeno a la conversación, por lo que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, y el contenido de la conversación no era íntimo o privado (véase: STCE cincuenta y seis diagonal dos mil tres, de veinticuatro de marzo)-, (ii) cuanto porque se está antes un delito de tracto sucesivo -una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dos mil quinientos dólares americanos con el objetivo, presuntamente simulado, de influenciar ante un juez que tiene un caso a su cargo-, por lo que no se indujo al imputado a delinquir -la idea criminal no se introdujo artificialmente: no se trata, en suma de un delito provocado-. (iii) Tratándose de una conversación entre dos personas -una de las cuales aceptó la grabación-. No se necesitaba autorización judicial -la espontaneidad de uno de los interlocutores no está en discusión-. (iv) No es ilícito, por lo demás, que la autoridad inste a uno de los imputados a tener una conversación con otros de los partícipes en el delito y que esa conversación se grabe (STSE de veinte de febrero de dos mil seis). (v) A los efectos de la transcripción judicial, no es constitutiva de su eficacia procesal la intervención del defensor; además, los testigos de cargo corroboran la intervención delictiva de Atencio Gonzáles.

222

§222. Prueba documental prueba documentada: precisiones y diferencias

Recurso de Nulidad	1589-2013-LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.

RESUMEN:

Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias acentuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, el argumento es de fondo, es una oposición u objeción de mérito que debe ser absuelta en la sentencia.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del

fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilegalmente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao, por lo que -sin comunicar a la Fiscalía— el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas de nacionalidad Lituana. por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble. ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de rojas ciento veintidós]-. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos- se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados, y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de rojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos]. así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después- se realizó un acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de rojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [acta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente. el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha-; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

2. Es de diferenciar prueba documental -los. documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas -si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica -prueba preconstituida y prueba anticipada-.

3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida. si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba --la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por

prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye,' en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad. el argumento es de fondo -es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia- y. de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención -fuente de prueba- o en su actuación -medio de prueba- no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°. inciso 9 de la. Constitución.

SEPTIMO: Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas. la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad -que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria-.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez -temporal e inmediatez personal. se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva -nunca meramente presuntiva o indiciaria— de las dos notas anteriores. y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo. ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición cíe los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lile* estas notas no se presentaban, por ende se requirió orden judicial —inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión —no acreditada, en tanto el

comportamiento de los interesados que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria-.

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado —prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular -prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba —requisito incumplido en esta causa-.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el articulo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

223

§223. Criterios para la admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal

Recurso de Nulidad	1589-2013/LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales.

RESUMEN:

Seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. *La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo contra los peritos y testigos (artículos 156. 165' y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil. La tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.*

2. *Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-.*

3. *El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del*

Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. *La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.*

5. *El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.*

6. *Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si Formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, cl argumento es de fondo —es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia-- y de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de Fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Piteo Hico; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilícitamente obtenida no produce ningún efecto en cl proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Burnbalas en su recurso formalizado d.e fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su eoimputado Aurimas i3uisas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darlos Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar 11.11d organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao [Nota de Agente de fojas ciento veintiuno] por lo que sin comunicar a la Fiscalía-- el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambala, de nacionalidad Lituana, por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación., sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de fojas ciento veintidós] —. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos— se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados y con adherencias de clorhidrato de cocaína pericia de fojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de rojas quinientos setenta y dos] así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después— se realizó el acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de fojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de lnterpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [carta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo, resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente, el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación. las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha—; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo, es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

7. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo contra los peritos y testigos (artículos 156. 165' y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil. La tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

8. Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-.

9. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

10. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

11. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una

pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

12. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si Formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, cl argumento es de fondo —es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia-- y de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención —fuente de prueba- o en su actuación —medio de prueba- no vulnere el contenido institucionalmente protegido de un derecho fundamental, el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso es de destacar dos, oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2', inciso 9 de la Constitución.

SÉPTIMO. Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva. Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así no es posible aceptar como válida, en serial de conformidad, la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad --que es anterior y prerrequisito de la Fiabilidad probatoria--.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de flagrancia: inmediatez temporal e inmediatez personal, se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria- de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lite* estas notas no se presentaban, por ende, se requirió orden judicial –inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión –no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados, que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria--

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se

agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma dcl intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal, pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba — requisito incumplido en esta causa--.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

224

§224. Criterios para la construcción de prueba indiciaria

Recurso de Nulidad	3521-2012/LIMA
Fecha	24 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Código de Procedimientos Penales

RESUMEN:

La prueba por indicios requiere, corno es sabido, (i) que los indicios —su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva— se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, (II) que los hechos constitutivos de, delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detalladlo en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede efectuarse tanto (i) desde el canon de su lógica o coherencia —de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos no conduzcan naturalmente a el-, como (ii) desde el de su suficiencia o carácter concluyente —no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa— ha de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

FUNDAMENTOS:

1. Del ámbito impugnativo general.

PRIMERO. Que conforme ha quedado expuesto en los fundamentos fácticos décimo segundo al décimo cuarto, han recurrido la sentencia de instancia la Fiscalía Superior, la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez.

En términos estrictos, las infracciones jurídicas denunciadas tienen su base en las normas de derecho probatorio, a partir de las cuales se fijaron los hechos declarados probados (distintos parcialmente a los propuestos por la Fiscalía).

Desde el Ministerio Público no se cuestionó la propia operación de rescate a cargo de los comandos de las Fuerzas Armadas, como sustento de la intervención del Estado para liberar a los rehenes y poner fin a un estado delictivo permanente, perpetrado por catorce individuos armados adscritos al MRTA. Lo que se impugna, desde la *questio facti* es, en primer lugar, si se mató a los tres agraviados una vez que fueron reducidos y estaban rendidos; y, en segundo lugar, si la muerte de los tres agraviados, integrantes del MRTA, se debió a la ejecución de directivas preordenadas desde las más altas instancias estatales. Con este último lineamiento, se incorporó como soporte dogmático material la autoría mediata mediante dominio de un aparato de poder organizado, ya asumido por este Supremo Tribunal en varios casos especialmente relevantes.

SEGUNDO. Que desde la parte civil el cuestionamiento' es más amplio. Alcanza, corno contexto, la política antisubversiva del gobierno del presidente Fujimori Fujimori. Luego, en lo específico, la elaboración y ejecución del Plan Chavín de Huántar —orden de no tomar prisioneros, corroborado, según los recurrentes, con la utilización del denominado "TIS"— la intervención de Montesinos Torres y de los efectivos del SIN en su desarrollo, y los actos posteriores a la culminación de la operación militar, *factum* último en el que también incide la Fiscalía.

TERCERO. Que, de ser así, corresponde determinar, como marco base del caso, si el Plan Chavín de Huáncar, en sí mismo considerado, vulneró alguna norma de Derecho ya sea del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internó. Básicamente, cabe establecer si, dadas las circunstancias cine rodearon la toma en rehenes en la residencia del embajador del Japón y la permanencia en ese recinto de los setenta y dos rehenes —incluyendo la situación nacional e internacional que

generó—, la operación —vista su ejecución y resultados— puede calificarse de desproporcionada e, importó un uso indebido de la fuerza. Asimismo, cabe un pronunciamiento acerca del procedimiento llevado a cabo inmediatamente después de liberados los rehenes y los alcances de las investigaciones sobre lo acontecido.

Es de rigor tener presente, respecto al uso legítimo de la fuerza, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CDH— recaída en el asunto *Lazo Zambrano Vélez y otros versus Ecuador,* del cuatro de julio de dos mil siete —en adelante SCDH—. En esa oportunidad, la CDH puntualizó que la amenaza delincuencial, subversiva o terrorista, constituye una razón legítima para que el Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. De igual manera, en la sentencia *Neyra Alegría versus Perú,* del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco, la CDH estableció que el derecho a usar la fuerza por parte del Estado, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, no está en cuestión.

El uso de la fuerza, no obstante, ha de ser estrictamente excepcional, necesaria —será extrema cuando implique el uso de armas de fuego— y en la medida que lo requiera el cumplimiento de las tareas de defensa del orden público; esto es, de conformidad con el principio de proporcionalidad —incluye el uso de medios proporcionados— y en función a un objetivo legítimo. Desde ya cabe señalar que liberar rehenes de manos de terroristas, luego de una larga y frustrada negociación, para evitar el uso de la fuerza —secuestro en el que, con consecuencia de lo anterior, corría serio peligro la vida de los rehenes—, es una actividad por entero legítima de las Fuerzas del Orden en cumplimiento de disposiciones del más alto nivel de las autoridades del Estado.

2. *De la operación Chavín de Huántar*

CUARTO. Que cabe incidir, como datos preliminares, que al momento de ejecutarse la operación Chavín de Huántar el distrito limeño de San Isidro, donde estaba situada la residencia del embajador del Japón, se encontraba bajo Estado de Emergencia, conforme al Decreto Supremo N° 0020-CCFFAA, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete —seis días antes de la incursión militar— (fojas nueve mil novecientos veintiuno). Ésta era una nueva prórroga de la situación de excepción (Decretos Supremos N° 063-96-CCFFAA, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve mil novecientos dieciocho; y, N° 013-CCFFAA, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y siete, de fojas nueve mil novecientos diecinueve), en la

que se encargó a las Fuerzas Armadas asumir el control del orden interno en virtud de la entonces vigente Ley número 24150 —ley que después fue declarada parcialmente inconstitucional, en especial su artículo 10° [Sentencia del Tribunal Constitucional 0017.2003-TC, publicada el veinticuatro de agosto de dos mil cuatro].

Al amparo de esa normativa, presenciaron la operación de rescate el Juez y el Fiscal militares y levantaron dos actas.

La primera acta corre a fojas mil ochocientos uno, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Es significativo resaltar, en esa acta, lo siguiente:

1. La operación de rescate, por orden del Presidente de la República, se inició a las quince horas con veinte minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Duró, aproximadamente, trece minutos y, luego, dos minutos más tarde, un grupo de comandos desde la azotea del predio levantó las manos en señal de victoria.
2. El Presidente de la República llegó a la residencia aproximadamente a los treinta minutos.
3. En el breve recorrido que se hizo por las instalaciones objeto de intervención, se comprobó que junto a la puerta principal yacían sobre el suelo dos emerretistas muertos; a dos metros de distancia, y casi juntos, otros dos emerretistas, al igual que en el centro de la escalera que conduce al segundo piso.
4. En ese momento, se suspendió la diligencia —según se dice— por razones de seguridad, ya que se tenía conocimiento que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos. Se dispuso que la diligencia continuaría al día siguiente.

Al día siguiente, en efecto, se levantó el acta de identificación y levantamiento de cadáveres que corre a fojas mil ochocientos seis, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete. En el recorrido por la residencia se encontraron cadáveres con diversos impactos de bala, muchos de ellos tenían a su costado fusiles AKM y ametralladoras. En el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, se encontró el cadáver que correspondía, al parecer, al agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito", con un orificio grande al lado derecho de la cabeza y parte superior de la oreja, quien tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar.

QUINTO. Que como parte de la operación de rescate Chavín de Huántar, se cuenta con los siguientes documentos imprescindibles:

1. Directiva COFI-DOP/PLN, del jefe del CCFFAA, general EP Hermoza Ríos, de fojas seis mil setecientos cuarenta. Esta tiene como datos relevantes: *(i)* Su finalidad, entre otras, era disminuir el costo humano y garantizar la liberación de los rehenes con el menor costo humano posible. *(ii)* Los objetivos por 'alcanzar, entre otros, era una intervención rápida y eficaz para neutralizar a los captares; una evacuación ordenada, rápida, y en seguridad de los captares y rehenes, brindando el tratamiento médico oportuno; y una ejecución de la operación dentro de las normas legales y el irrestricto respeto a los derechos humanos. *(iii)* El concepto estratégico global importa que la operación es conducida bajo un solo comando; que los mandos son responsables de que no se corneta exceso alguno, sin que signifique dejar de actuar con energía; que el respeto 'irrestricto de los derechos humanos durante el desarrollo de la operación militar constituye tina necesidad estratégica primordial; y que la evacuación de los rehenes debe realizarse en forma prioritaria respecto a la evacuación de los captares. (iv) La coordinación con el Consejo Supremo de Justicia Militar para garantizar el marco legal adecuado y la presencia de fiscales durante la operación.
2. Plan de Operaciones Nipón N° 96/SZSNC-2/6-3/JEMO/primera DIVFFEE, de mil novecientos noventa y siete, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fajas seis mil setecientos cincuenta y uno Señala que: *(i)* La misión de la patrulla tenaz es dominar la residencia para capturar o eliminar a los emerretistas y rescatar a los rehenes. *(ii)* La operación consistirá en una dominación del inmueble en forma rápida, violenta y eficaz de capturar o eliminar a los emerretistas. *(iii)* La ejecución de las operaciones deben enmarcarse en el respeto irrestricto de los derechos humanos. (iv) Las instrucciones de coordinación disponen que no se cometerá ningún exceso y se mantendrá un irrestricto respeto a los derechos humanos, sin que esto signifique dejar de actuar con energía.
3. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal Tenaz (Patrulla Tenaz, mil novecientos noventa y siete), firmado por el coronel EP José Williams Zapata, de fojas seis mil setecientos cincuenta y siete. Agrega, en lo puntual, que el Grupo Alfa dominará el primer piso y el Grupo Delta el segundo piso. Dominado el inmueble se procederá a la evacuación de

los heridos en el siguiente orden: primero rehenes, segundo comandos y tercero delincuentes terroristas. El anexo cinco precisa que la evacuación importa proporcionar tratamiento médico de emergencia y evacuación de los heridos, bajo las prioridades ya descritas. El elemento de apoyo, dominado el inmueble, procederá al tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas. Los Grupos Alfa y Delta tienen corno misión apoyar en el tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas heridos e ilesos. Finalmente, el ejecutivo de la patrulla coordinará el empleo de un equipo de filmación antes, durante y después de la operación, y para asuntos de entrenamiento. En este punto, cabe subrayar la declaración del Técnico de Tercera EP, adscrito al SIN, Pedro Jaime Tolentino García.

4. Informe Número uno diagonal primera DIVFFEE de fojas seis mil setecientos setenta y cuatro, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, ocho días después de la operación de rescate. Allí se da cuenta de que: *(1)* El dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete se realizó el ensayo final con presencia del presidente Fujimori Fujimori. *(ii)* El SIN se encargó de la administración de las viviendas adyacentes a la residencia y de realizar maquetas a escala de la misma, así corno de los artefactos mecánicos y de comunicación empleados durante la operación. *(iii)* Como parte del entrenamiento se realizaron diversas técnicas de dominación de inmueble con tiro real, TIS con tiro real diurno y nocturno, comunicaciones, explosivos, identificación del enemigo, entre otras. (iv) el dieciocho de abril se instaló el Centro de Operaciones Tácticas (COT), mientras que el veinte de diciembre se inició el entrenamiento y ensayos de la Patrulla Tenaz en base del Plan de Operaciones que inicialmente se denominó "Nipón", y el dos de enero se reconoció como nuevo Comandante General de la Primera DIVFFEE al general EP Augusto Jaime Patiflo. (y) En marzo de mil novecientos noventa y siete, paralelamente a los ensayos, el Estado Mayor de la Unidad de Intervención realizó el reajuste final al Plan en coordinación con los Jefes de Grupo. (vi) El canal de comando fue: Patrulla Tenaz, Centro de Operaciones Tácticas, Comandante General del Ejército y presidente de la República. *(vii)* Por disposición del Presidente el inicio de las operaciones debía darse cuando los terroristas se encuentren en la planta baja jugando fulbito, lejos de los rehenes; la orden de inicio de operaciones fue emitida por el presidente el

veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. *(viii)* En la acción murieron dos comandos y todos los delincuentes terroristas (doce hombres y dos mujeres); correspondió el levantamiento de cadáveres a los jueces y cadáveres militares, con la participación o apoyo del SIN; y los procedimientos de ley para su entierro corrieron a cargo de la Policía Nacional del Perú -en adelante, PNP-. *(ix)* A través del rehén colaborador "MAR", se conoció del plan de seguridad de los terroristas y se concluyó que la intención de los cabecillas era eliminar a los rehenes de connotación política una vez producido el asalto; así se llegó a saber el estado anímico de los cabecillas en las horas previas a la hora del inicio de la operación.

5. De lo consignado en la revista *Base Tokio, El Comercio,* páginas 218-219, remitida en DVD, se advierte que los comandos portaban casco de combate israelí de acero y fibra de vidrio, fusil de asalto GALIL de calibre 7.56mm, fusil automático soviético AKM de calibre 7.62mm, subfusiles Herstal P guión noventa de calibre 5.5mm, anteojos de protección Uvex, subametralladora israelí Mini UZI de calibre 9mm, subametralladora alemana Heckler and Kosch de calibre 9mm, chaleco antifragmentario israelí, pistolas Beretta y Browning norteamericanas de 9mm, granadas de estruendo no letales, y uniformes de fabricación norteamericana. Esta prueba documental se refuerza con las declaraciones del acusado Huamán Ascurra (fojas quinientos veinticuatro), y de los testigos Williams Zapata (fojas quinientos veintiocho), Robles del Castillo (fojas quinientos treinta y siete), Donoso Volpe (fajas quinientos cuarenta y cinco) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro).

SEXTO. Que desde la prueba personal, se tiene lo siguiente:

1. El General EP Augusto Jaime Patino, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos sesenta y ocho, tres mil seis, cuatro mil quinientos treinta y cuatro quinientos cincuenta y cinco, cinco mil doscientos cincuenta y seis y once mil setecientos veintiocho), apunta que el Plan Operativo Nipón guión noventa y siete fue entregado, en original y copia, al general EP Hermola Ríos., La construcción de túneles: estuvo a cargo del SIN. En lis ensayos de la operación y la réplica de la residencia estaban presentes el presidente Fujimori Fujimori, Montesinos Hermoza Ríos y Huamán Ascurra. No fue informado de la Captura o rendimiento de algún emerretista, los cuales murieron en combate y no hubo orden de

Matarlos; Solo se formuló el plan de Operaciones Nipón. No sabe de quién fue la orden para el ingreso, durante la operación, de Huamán Ascurra, tampoco Sabía que durante la operación de rescate participó Zamudio Aliaga.

2. El Coronel EP Williams Zapata, en sede preliminar, sumarial y plenaria (fojas quinientos veintiocho mil doscientos Cincuenta y ocho, seis mil ochocientos ochenta y tres, once mil quinientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos setenta y seis), informa que el Plan de Operaciones lo hizo el general EP Jaime Palio, mientras él formuló el Plan de Operaciones para la dominación de la residencia denominado "Plan de Operaciones Tenaz". Reconoce que entrenó a la Patrulla Tenaz y la comandó. Se usó la técnica de dominación de inmueble —de origen israelí—, en la que se emplea la técnica del TIS —tres disparos a las partes vitales del enemigo: cabeza o tronco, y luego, Si correspondiera, un tiro de seguridad para evitar que el enemigo pueda causar heridos o muertes [en igual sentido se pronuncia, por ejemplo, el capitán EP Tackas Cordero a fojas seis mil trescientos catorce, y el mayor EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del Jefe del Grupo de Asalto Delta, a fojas once mil ciento veintiocho y cinco mil diecinueve, respectivamente]. Si un terrorista se rendía se debía respetar sus derechos y luego entregarlos a los jefes de equipo. Los comandos no utilizaron pasamontañas, sino los del SIN, quienes ingresaron luego del operativo a filmar [el técnico de tercera EP Jaime Tolentino García tenía a su cargo la filmación y tomas fotográficas con otros seis efectivos (fojas seiscientos diez y seis mil trescientos setenta y cuatro]. Vio a los catorce terroristas muertos en el interior de la residencia. Montesinos Torres —responsable de inteligencia— no tuvo injerencia en la propia operación de rescate. No existió orden de ejecutar extrajudicialmente a los emerretistas. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga dependía del SIN —no integraba la patrulla de comandos— y con él no tenía comunicación alguna, al igual que con el teniente coronel EP Huamán Asctura —tampoco le cursó orden alguna—, el cual durante la operación se abocó al tema de inteligencia y no participó en la parte operativa. Al día siguiente de la operación, juntamente con Hermoza Ríos y Montesinos Torres, recorrieron la residencia para ver los distintos ambientes y los cadáveres.

3. El adjunto del Jefe del Operativo, coronel EP Luis Rubén Alatrista Rodríguez, enfatizó que Huamán Ascurra, del SIN, era el enlace entre

el SIN y la Fuerza Operativa y quién proporcionaba información de inteligencia; que se consideró la posibilidad de capturar con vida a los terroristas, tan es así que se ubicó un punto de reunión de detenidos situado en las inmediaciones del bar de la residencia, y si algún comando hubiera detenido a un terrorista debía entregarlo al personal del Grupo de Apoyo y, a su vez, dar cuenta a su Jefe de Patrulla y éste al personal policial; que la técnica del tiro instintivo selectivo implica tres impactos inmediatos y uno de seguridad, además como los comandos deben pasar de un lugar a otro deben asegurarse que el terrorista esté neutralizado (fojas mil ciento trece, mil doscientos treinta y nueve y cuatro mil novecientos cuarenta y siete).

4. El teniente coronel EP Jorge Orlando Fernández Robles, Jefe Adjunto del Grupo de Asalto Alfa, declaró que para el rescate se utilizaron las técnicas de tiro instintivo selectivo (TIS) y de dominación de inmuebles; que si los terroristas se rendían tenían_ órdenes de reducirlos, desarmarlos y conducirlos a las inmediaciones del bar de la residencia para que se haga cargo el grupo de apoyo (fojas seiscientos cincuenta y tres y cinco mil doscientos cuarenta y tres).

5. El coronel EP Benigno Leonel Cabrera Pino, jefe del Grupo Alfa, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar a fajas quinientos setenta y seis y sumarial a fojas seis mil novecientos noventa y cuatro, sostuvo' que no hubo orden de acabar con la vida de los terroristas, ni se victimó a ningún terrorista rendido; que se utilizó el tiro instintivo selectivo y la técnica de dominación de inmuebles; que todos los terroristas que murieron en su área de seguridad fueron abatidos en combate; que cuando él ingresó a la residencia los terroristas ya estaban abatidos.

6. El coronel EP Hugo Víctor Robles del Castillo, jefe del Grupo Delta, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos treinta y siete, mil doscientos cuarenta y siete y cuatro mil novecientos setenta y cuatro), refirió que no se logró capturar a ningún emerretista por la rapidez de los hechos y la forma agresiva de su actuación; que no vio a ningún terrorista rendido o capturado vivo; que durante los preparativos y ensayos no se tocó el tema de tomar prisioneros; que en este tipo de operaciones el combatiente debe tener la certeza de que el subversivo está definitivamente fuera de combate; que se empleó la técnica israelita y americana, así como la técnica del TIS; que

el escenario en que se dio el operativo, teniendo bajas, era difícil creer que un subversivo se rinda, lo que en todo caso queda a criterio de cada comando.

7. El teniente coronel EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del coronel EP Robles del Castillo y Jefe del Equipo de Asalto número siete, anotó que se consideró la captura de los subversivos, pero en la ejecución de la operación no se capturó a ninguno de ellos; que el tiro de seguridad se utiliza dentro de la conducción misma de la operación, para asegurar la neutralización del elemento subversivo y continuar con el cumplimiento de la misión; que se utilizó la técnica israelí de dominación de inmuebles y el tiro instintivo selectivo (se selecciona un blanco y se dispara tres veces); que lo de selectivo es para proteger al rehén; que no hubo orden de aniquilar terroristas (fojas mil ciento veintiocho y cinco mil ciento diecinueve).

8. El mayor EP Renán Miranda Vera, adjunto del coronel EP Robles del Castillo, afirmó que la orden de ingresar la dio el coronel EP Williams Zapata; que cayó herido al ingresar a la residencia; que tenía la orden de respetar la vida y que los terroristas no se rindieron; que se les ordenó respetar los derechos humanos y que tornen prisioneros; que se empleó la técnica del tiro instintivo selectivo y no en ráfaga, con el fin de no herir a los rehenes.

9. El suboficial de Infantería EP. José Luis Alvarado Díaz, que integró el Equipo Delta ocho, en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos treinta y seis, reconoció que mató a los terroristas del segundo piso: los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, ,porque la primera tenía una granada y el segundo un arma UZI; que en ningún momento ambos agraviados dijeron que se rendían y que no los mataran; que habían practicado el tiro instintivo selectivo; que si un terrorista se rendía, debían desarmarlo y dar cuenta a su 'superior jerárquico inmediato.

10. Tanto el capitán EP Rojas Villanueva (fojas mil cuarenta y siete y siete mil veintiséis) como el teniente EP Moral Rojas (fojas seis mil novecientos ochenta y dos) —del Equipo Delta 08⁻ que igualmente dispararon contra los dos agraviados. El segundo afirma que observó que la agraviada Meléndez Cuevas tenía una granada en la mano y Una bolsa de granadas en la otra, por lo que disparó contra ella, mientras el primero sostiene que disparó contra los dos: la mujer tenía una granada en la mano y el varón un fusil AKM.

11. El capitán de Infantería EP Manuel Antonio Paz Ramos, integrante del Equipo Delta ocho, aludió que el procedimiento de rendición de un terrorista estaba estipulado en-reglamentos y en el plan de operaciones, el cual era desarmarlo, revisarlo y entregarlo al jefe de Equipo para su debida evacuación a la zona de reunión de prisioneros —niega haber matado a alguno de los terroristas que se hallaban en el segundo piso— (fojas seis mil novecientos cincuenta y siete).
12. El capitán EP Becerra Noblecilla, integrante del Equipo Delta ocho, asimismo acotó que no se rindió ni capturó a ningún terrorista. Tampoco escuchó gritos de rendición (fojas mil treinta y tres).
13. El mayor EP Raúl Huarcaya Lovón precisó que, como responsable del Equipo Delta ocho, observó que los terroristas no se rindieron, ni hubo orden de ejecutarlos, y era del caso detenerlos si se rendían. Le dieron cuenta del batimiento de una pareja de terroristas. Dice que fueron el capitán EP Paz Ramos y el suboficial Alvarado Díaz (fojas siete mil trece y mil doscientos sesenta y seis); aunque los tres que dispararon, por sus propias versiones, fueron Alvarado Díaz, Rojas Villanueva y Moral Rojas.
14. El oficial de mar de primera AP César Antonio Aguirre Legua, deslindó que recibió instrucciones de capturar con vida a los emerretistas en caso se rindieran, y que se diferenciaba a un emerretista de un rehén previa identificación por fotografías que se les había mostrado y si portaban almas (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco).

SÉPTIMO. Que los imputados, en lo esencial, han ratificado lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes. En efecto:

1. El general EP Hermoza Ríos declaró que la orden de preparar un plan de contingencia partió del Presidente de la República, quien ordenó que la operación esté a cargo de la Primera DIVFFEE, con intervención de elementos del Ejército y de la Marina; que tenía la máxima autoridad a nivel militar —el planeamiento y ejecución del plan corresponde al área militar, mientras que el campo de inteligencia estaba a cargo del SIN, que no dependía de él—; que se dispuso la utilización del tiro instintivo selectivo, de mucha precisión para evitar matar al rehén; que no se dio la orden que no se tornara ningún prisionero, y se dispuso que debían trasladar a los emerretistas que resultara heridos en la operación hacia los hospitales; que Montesinos Torres estaba a cargo del campo de inteligencia, pero no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención (fojas seiscientos

seis, seiscientos cuarenta, seis mil setecientos treinta y siete, veinte mil cuatrocientos ochenta y cinco vuelta y veinte mil quinientos veintiocho).

2. El asesor presidencial Montesinos Torres se limitó a decir que no participó en la operación de rescate, pues era competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas; que el Presidente de la República decidió la formulación de un plan militar de contingencia, pero su prioridad fue una solución pacífica, incluso realizó una intensa diplomacia presidencial (fojas once mil seiscientos noventa y cinco).

3. El teniente coronel EP Huamán Ascurra, Director Ejecutivo de la Dirección de Información Electrónica del SIN, expresó que participó en la operación de rescate en la parte administrativa —no tenía relación con el operativo militar propiamente dicho—; que elaboró dos maquetas de la residencia e intervino en la construcción de los tálleles; que la labor del SIN en la operación era filmar y tomar fotografías —sus efectivos estaban cubiertos con pasamontañas y no llevaban armamento—, material que luego se entregó a Montesinos Torres; que durante la operación no tuvo contacto con Zamudio Aliaga, siendo imposible que se den dos líneas de comando pues eso entorpecería la ejecución del operativo; que los efectivos del SIN no tuvieron comunicación con los comandos porque los equipos de radio no estaban integrados; que no se dio la orden de victimar a los terroristas (fojas quinientos veinticuatro, cinco mil setenta y tres, cinco mil trescientos veintiséis, cinco mil quinientos tres, mil doscientos setenta y cuatro y veinte mil quinientos setenta y cuatro).

4. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga, en su manifestación de fajas mil trescientos dos —quien no se puso a derecho en este proceso— mencionó que su puesto de comando era la casa número uno; que su misión específica era brindar-seguridad al área comprendida en el boquerón y las casas uno, dos, tres y cuatro, así como la casa de UNIQUE; que en este punto su mando superior era el teniente coronel EP Williams Zapata, a quien daba cuenta de todo —se entiende, de su esfera de acción—; que ingresó a la residencia después de terminado el operativo —se entiende luego del ingreso de los comandos a la residencia—; que lo hizo por la cochera de la residencia y del callejón de la residencia adyacente a la misma; que en el momento que quiso ingresar por una puerta del callejón de la residencia se produjo una explosión, debido a que todo ese sector estaba minado, y al volar los vidrios le impactan en la mano derecha y en la pierna derecha, asimismo, la onda expansiva lo tumbó al suelo; que se paró y luego ingresó

al segundo piso la residencia, al que subió por las escaleras que las fuerzas de intervención rápida habían colocado; que en el segundó piso apoyó al personal de rehenes para que pudieron bajar; que en una terraza del área de servicios apoyó a los rehenes y los ayudó a bajar, para que otros efectivos de la fuerza los bajaran de la residencia a las casas contiguas; que después de esto terminó y realizó gestiones para que ingresaran los bomberos; que luego de dirigirse al frontis de la residencia, donde los comandos cantaban el Himno Nacional, se fue a su puesto de comando en la casa de la GTZ.

OCTAVO. Que acerca del conocimiento que las Fuerzas del Orden tenían de lo sucedido en la residencia, caben resaltar las testificales de dos rehenes: almirante AP en situación de retiro Luis Alejandro Giampietri Rojas y el excanciller Francisco Tudela van 13reugel Douglas.

1. Giampietri Rojas manifestó que tuvo conocimiento de la operación de rescate veinticuatro horas antes; que por el *beeper* proporcionado por el comandante Fernández —uno de los rehenes— se comunicaba con el exterior —bajo el seudónimo de "MAR" —; que a raíz de ello le enviaron una guitarra con un micrófono en el estuche, donde enviaban mensajes; que mediante los micrófonos y *beeper* señalaba el horario y actividades de terroristas; que por el *beeper* se le informó de la operación militar; que los terroristas amenazaron con volar el edificio si había una incursión militar, quienes hacían ejercicios sobre un posible rescate y decían que nadie se rendiría; que ,finalmente, la mayoría de líderes (los denominados "Árabe", "Tito" y "Salvador" —salvo Cerpa Cartolini (a) "Evaristo"—) no aceptaban las negociaciones y decían que habían venido a morir — es especial el emerretista agraviado "Tito", quien era uno de los más violentos—; que los terroristas tenían cuatro jefes y tres de ellos no aceptaron las condiciones del Gobierno, salvo Cerpa; que los terroristas los amenazaron con matarlos; que los emerretistas ponían a un militar rehén en cada una de las ventanas, por si acaso disparaban desde afuera; que en el suelo los pateaban e insultaban, incluso les pusieron un rifle en la cabeza; que permanentemente torturaban, con sus gestos y amenazas, a él, Tudela van Breugel Douglas, Pedro Aritorni, Pedro Fujimori y Gilberto Siura; que los emerretistas prohibieron el ingreso de la Cruz Roja en abril de mil novecientos noventa y siete, peligraban sus vidas; y fue entonces que supo que iba a ejecutarse una operación de rescate: la clave era "Mary está enferma"; que los terroristas, en sus entrenamientos diarios, repetían:

"Aquí no se rinde nadie, carajo" (fojas cielito noventa y uno, seis mil novecientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho).

2. Tudela van Breugel Douglas dijo que los emerretistas nunca dejaron sus armas y lo amenazaron con matarlo; que los terroristas le mencionaron que matarían a los jueces; que Tito era muy agresivo y el más radical junto con "Salvador", mientras que el "Árabe" era temeroso y Cerpa moderado, y era con quienes permanecía Hidetaka Ogura; que los emerretistas siempre estaban armados y no les daban comida; que se enteró del operativo de rescate cuando las negociaciones entre los terroristas y el Estado estaban por fracasar —pero no podía comentarlo para no generar pavor en los rehenes—; que ese punto, el fracaso, ocurrió cuando los terroristas no dejaron ingresar la atención médica; que habían minado la residencia con explosivo plástico, tenían tres minas antitanques, mochilas con granadas y explosivos plásticos; que los agentes que filmaban estaban sin pistolas y con pasamontañas (fojas trescientos treinta y nueve y veintiún mil setecientos setenta y tres).

3. Otra declaración importante es la del propio Roberto Rosendo Fernández Frantzan, quien en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos cuarenta y siete afirmó que los terroristas siempre les decían que en caso de un operativo militar, los efectivos militares y policiales rehenes iban a morir primero.

3. *De la valoración de la ejecución y resultados de la operación de rescate*

NOVENO. Que la operación de rescate se realizó en un contexto complejo y como decisión final, frente a una situación de bloqueo de las negociaciones que importaban una vía pacífica, pese a la intensa actividad diplomática llevada a cabo al efecto, como se indica en el Informe de la CVR (páginas 719-723) —los testigos Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, como fluye de sus declaraciones ya glosadas, son centrales en este aporte de información, y permiten entender la decisión del gobierno ante lo que sucedía con los rehenes a partir de la actitud reacia de los emerretistas—. La operación Chalán de Huántar se inició cuando se recibió información interna de que estaban dadas las condiciones pues trece emerretistas se hallaban en el primer piso y uno de ellos en el segundo —los del primer piso jugaban 1111, partido de fulbito—. Personal de inteligencia había logrado acceder, a través de mecanismos electrónicos, a escuchar lo que ocurría en el interior de la residencia y, además, a tener en cuenta determinadas rutinas y

características de los líderes a través de la colaboración efectiva, por lo menos, de un rehén: el vicealmirante AP, en situación de retiro, Giampietri Rojas.

DÉCIMO. Que sobre este último punto, cabe destacar lo que estipuló el "Manual de lucha contra el secuestro" de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [Naciones Unidas, Nueva York, dos mil seis, Capitulo cuatro, apartado "Operaciones de Rescate", página treinta y seis]. La operación de rescate agresiva es una opción de último recurso, dado que el objetivo primario es la preservación de la vida. Solo debe emprenderse después de un examen cuidadoso y de haber agotado las demás opciones. La operación de rescate debe ser cuidadosamente planificada y se debe realizarse una evaluación minuciosa del riesgo, la cual debe estar a cargo del personal especialmente adiestrado.

Una perspectiva más profunda en orden a un rescate —más aún contra elementos terroristas— tiene lugar cuando se trata de un secuestro y toma de numerosos rehenes por una agrupación terrorista en plena actividad delincuencial, con integrantes ideologizados y fanáticos que portaban armamento de guerra, y también explosivos —propiamente fue una operación de Fuerzas Especiales ejecutadas por miembros terroristas—. Además, cuando existen factores internacionales de por medio y, sobre todo, en momentos en que después de largas y frustradas negociaciones —no por obra de las autoridades públicas— se produjo una lógica de rechazo al Estado por parte de los terroristas, y se conocía —por información interna— de su proceder incluso contra los rehenes. El uso la fuerza letal, en estas condiciones, era absolutamente necesaria en relación con la fuerza y amenaza que se quería repeler, a fin de liberar a los rehenes de la opresión terrorista —era absolutamente inevitable para proteger, numerosas vidas—[en este sentido, SCDH Retén de Catia, del cinco de julio de dos mil seis, párrafos 67-69].

Es de asumir, en lo pertinente, las disposiciones cuatro, cinco y nueve de los principios básicos. Sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente —La Habana, veintisiete de agosto al siete de septiembre de mil novecientos noventa—. Así las cosas, *(i)* era evidente la necesidad de ,una operación militar de rescate y la consiguiente utilización de armas de fuego, pues otros medios no resultarían eficaces o no garantizarían de manera, segura el logro del resultado previsto: rescatar con vida a los rehenes; (ii) el empleo de armas de fuego debe ejercerse con moderación y en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga: los terroristas se hallaban arreados, incluso

con granadas tipo piña y estaban decididos a enfrentar a las Fuerzas Especiales para evitar el rescate de los rehenes —incluso colocaron minas en los accesos de la residencia— y, por ello, se utilizaron armamento ligero, granadas aturdidoras y técnicas especializadas de acción: dominación de inmuebles y tiro instintivo selectivo, que minimizaron los riesgos; *(iii)* el uso intencional de armas letales debe ser estrictamente inevitable para proteger una vida y en defensa de otras personas, para soslayar una grave amenaza contra una persona (en este caso los rehenes) —y los propios agentes militares—, y con el propósito de alejar ese riesgo y restaurar la seguridad pública (todo ello se contempló en el Plan de Operaciones Chavín de Huántar y se verificó en su ejecución).

Cabe subrayar, a partir de lo expuesto, que una operación de rescate no está prohibida por el Derecho internacional; pero, en todo caso, se fijan reglas para su debida y proporcionada ejecución. Un Estado está-legitimado y autorizado para llevarla a cabo, pero dentro de los límites y conforme con los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana [Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio versus Argentina,* del dieciocho de setiembre de dos mil tres].

DÉCIMO PRIMERO. Que la operación de rescate, desde el Estado, como han narrado los comandos y oficiales jefes, estuvo precedida de un fuerte entrenamiento de los efectivos militares, en la sede de Chorrillos, donde se construyó una réplica de la residencia del embajador del Japón. Se utilizó, de fuentes estadounidenses e israelitas, las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo —y no de ráfaga, precisamente para evitar lesionar o matar a los rehenes. Es obvio, además, que esta acción militar de rescate, como dicta la experiencia comparada, se conduce dentro de hechos de notable complejidad militar y táctica, en recintos fuertemente defendidos y/o fortificados, incluso minados en sus puntos de acceso.

DÉCIMO SEGUNDO. Que cabe enfatizar que el método militar de dominación de inmuebles y la técnica de tiro instintivo selectivo, tienen antecedentes en el ámbito militar —y en la experiencia internacional— y forman parte de la doctrina militar contemporánea, con la que se enseña y entrena a los efectivos militares para enfrentar situaciones críticas, entre ellas, el secuestro y la toma de rehenes en, lugares cerrados. Se utilizó principios básicos de una incursión armada de rescate de rehenes, propiamente militar, como simplicidad, seguridad, repetición, sorpresa, velocidad y propósito, que funcionaron de manera interconectada.

El Ejército peruano, dos años antes de este suceso, ya enseñaba en la Escuela de Comandos el curso de dominación de rescate de rehenes de inmuebles,

aplicando técnicas antiterroristas y de dominio de armamento ligero: UZI, MINI UZI calibre nueve milímetros, entre otros [véase fajas veintitrés mil trescientos ochenta y cinco], curso que incluía el TIS.

De igual manera, el Ejército peruano, con anterioridad a los hechos, había aprobado el Manual de Tiro Instintivo Selectivo, mediante resolución del Comandante General del Ejército Número mil ochenta y seis LINDE diagonal cero cinco punto veintiuno, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Conforme con este Manual, los comandos debieron ser debidamente entrenados y capacitados —corno en efecto se hizo y por cuatro meses—, primero con un entrenamiento en seco —sin munición pero con el mismo realismo y perfeccionando cada movimiento—, y luego en un entrenamiento con tiro real —con munición de guerra: armas ligeras (pistola, pistola ametralladora y fusil de asalto) —. El TIS permite un tiro rápido por excelencia, con un alto grado de efectividad en campo abierto y cerrado. Se utilizan los órganos corno punto de referencia y se permite disparar dos cartuchos en un tiempo promedio de dos segundos, eliminando al enemigo aunque se encuentre en una multitud haciendo uso de la selección. El tiro es de dos disparos rápidos sobre el blanco en un tiempo máximo de dos segundos; los disparos se realizan sobre la cabeza en distancias cortas (seis, ocho y diez metros) y, sobre el cuerpo, a distancias largas. Sin embargo, para reglar los órganos de puntería del arma se cumple con disparar sobre la guía de referencia: pecho y con tres cartuchos, luego de lo cual se procede a centrar los órganos de puntería del arma si las balas no hubieran impactado en forma correcta en el blanco.

Cabe aclarar que el denominado "tiro de seguridad" solo se ejecuta en una operación de combate, en el desarrollo del enfrentamiento frente a frente. Cuando el delincuente terrorista es impactado, el comando se asegura que ya no sea un peligro amenaza, y sigue progresando en la operación. No hay, pues, en estas dramáticas circunstancias, nada de ilegítimo o desproporcionado en la conducta de un miembro de las Fuerzas Especiales en plena acción de combate.

DÉCIMO TERCERO. Que desde esta perspectiva y a tenor de los resultados, cabe reconocer que, en este caso, desde el COT y demás órganos de planeamiento y ejecución, se realizaron y cumplieron los objetivos esenciales trazados: rescate de los rehenes vivos, salvo el caso lamentable de un juez supremo y de dos rehenes heridos. Los factores de sorpresa y desfase, siempre inevitables en esta clase de operaciones, a tenor de los resultados —mínimos, por cierto—, de ninguna manera pueden comprometer la bondad, rigor y éxito militar de la operación de rescate.

Si se torna en cuenta el conjunto de análisis que es menester realizar para evaluar una Operación de Fuerzas Especiales, se tiene: *(i)* análisis del entorno para identificar y justificar la operación. —ya descriptos en los fundamentos jurídicos precedentes—; *(II) el* análisis del objetivo, la residencia, en ,cuya virtud se efectuaron maquetas y se construyó una réplica de la misma; *(iii) el* análisis de las fuerzas enfrentadas [número de delincuentes, armamento que poseían, características del lugar de atrincheramiento y, entre otros factores, características y número de las personas retenidas] —la información valiosa, desde el punto de vista militar, de lo que ocurría en la residencia y de las rutinas seguidas por los emerretistas, abonó mucho en esa línea—; (iv) el análisis del entrenamiento, que tuvo lugar en un lapso de cuatro meses, con la definición de las tácticas —ya enunciadas y de reconocida eficacia en la experiencia comparada— que se iban a utilizar; (y) el análisis de la misión, a partir de los planes aprobados y que siguieron los estamentos previamente estipulados —véase, en especial, fundamento jurídico quinto—; *(vi)* el análisis de la operación, que a la luz de los resultados fue lo 'mejor que pudo hacerse en términos estrictamente castrenses y en argumentaciones de racionalidad.

Cabe resaltar, además, que toda operación de rescate tiene tres reglas fundamentales: 1) Salvar a cualquier costo la vida de los rehenes. 2) Proteger la vida de los militares en acción, siempre que no implique afectar la primera regla. 3) Evitar la muerte de los terroristas, siempre que no importen incumplir las dos reglas anteriores. Ello puede explicar, eón claridad, los costes y resultados de la operación analizada.

DÉCIMO CUARTO. Que en estas circunstancias las preguntas clave serían: ¿se pudo evitar la muerte de los terroristas?, ¿se pudo evitar la muerte de un rehén?, ¿se pudo evitar la muerte de dos comandos y los heridos por parte de las Fuerzas Especiales?, ¿se pudo coordinar mejor la relación Fuerzas Especiales y SIN? Son preguntas sensibles y su evaluación *ex post* merece que se realice desde *(i)* la información que se tenía *ex ante, (ii)* las características y situación de la residencia, *(iii)* la actitud y aptitud de los emerretistas [importante resaltar, primero, que de las cuatro demandas de los terroristas, dos eran absolutamente inviables, al punto que frente a las negociaciones finalmente no aceptaron una salida a la crisis, lo que revela una disposición previa a un desenlace fatal en perjuicio de los rehenes; segundo, que portaban armamento de guerra; y, tercero, que diariamente hacían ejercicios militares], *(iv)* la cantidad (setenta *y* dos) y características de los rehenes (jueces, congresistas, militares y policías, altos funcionarios públicos, diplomáticos, familia del Presidente, etcétera), y (v) la experiencia, capacitación y decisión de

los jefes y los comandos, que exigía el acceso a una instalación cerrada y múltiples pero coordinadas acciones para enfrentarse a los terroristas, reunir a los rehenes y sacarlos del predio.

Una sede o instalación que se sabía: a) minada parcialmente [tan cierto que el teniente EP Raúl Cruz Vargas sufrió la amputación del pie izquierdo y el teniente coronel EP Zamudio Aliaga fue levemente herido por las esquirlas tras una explosión; además, corre a fojas mil ochocientos uno que el Juez y el Fiscal militar debieron suspender la diligencia frente a la posibilidad de activación de explosivos]; b) con emerretistas decididos a enfrentarse a las Fuerzas Especiales —entrenaban diariamente en técnicas de combate frente a una incursión militar— y contaban con fusiles de asalto AKM, un lanzador de cohetes antitanque RPG-7, chalecos antibalas, caretas antigás, granadas de fragmentación y explosivos—; así como, e) con una gran cantidad de rehenes, pese a los canales de comunicación interna que se logró instaurar, desde luego, exigía muchísimo al Estado y sus responsables estratégicos y tácticos, al igual que a sus ejecutores.

DÉCIMO QUINTO. Que una evaluación de conjunto permite concluir que no se produjeron errores tácticos significativos, los que ni siquiera han sido insinuados por la parte acusadora.

Todos los emerretistas se erigieron, por su propia conducta y actuación antes —por su adscripción terrorista y su intervención en la torna de la residencia del embajador de Japón— y en el enfrentamiento propio tras la operación de rescate mismo, en objetivos militares legítimos. Al respecto, corno quedó expuesto, ellos eran la tercera prioridad en la operación misma, pues primero eran los rehenes y, luego, los comandos.

Cabe significar, por ejemplo, que el artículo cincuenta y dos, apartado dos, del articulo cincuenta y dos del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, relativos a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de mil novecientos setenta y siete, permite sostener —por extensión al ámbito de una operación de Fuerzas Especiales de recate de rehenes a manos de organizaciones terroristas alzadas en armas contra el Estado democrático—que los ataques deben limitarse estrictamente, como se hizo, a los objetivos militares, los cuales se circunscriben —entre otros supuestos— a todas aquellas personas que, por el rol que desempeñan, contribuyen eficazmente a la acción militar, o cuya captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Es pertinente reiterar que una operación de rescate de rehenes, que es sorpresiva, violenta y rápida, importa la realización de explosiones que generan

humo, polvo y gran confusión en los ambientes donde se encuentran captures y rehenes. Los rendidos, en esas circunstancias tan confusas, con visibilidad y audición disminuida, deben mostrar claramente su intención de rendirse con diversos gestos universalmente aceptados: levantar los brazos, arrojar las armas, enarbolar una bandera blanca. Esto último, no está probado que se produjo por parte de los emerretistas.

DÉCIMO SEXTO. Que desde el Derecho Internacional Humanitario —en adelante, D1H—, en tanto parte del orden público internacional, de normas de *ius cogen* internacional y de carácter *erga onmes,* que son irrenunciables, es de aceptar que si bien el MRTA *(1)* tenía una estructura efectiva y centralizada, de carácter militar y una clara cadena de mando de arriba hacia abajo —que se reprodujo en la toma de la residencia del embajador del Japón—, sin embargo carecía *(ii)* de un control territorial, siquiera en parte mínima, del país —no se puede estimar que las instalaciones de la embajada equivalen a control territorial— que le permitiera *(iii)* realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, de duración e intensidad de cierto nivel; menos, (iv) poseía capacidad de aplicar el Protocolo Adicional.

Ahora bien, corno en el presente caso, los miembros del MRTA —los catorce terroristas— tornaron directa o personal intervención en esta acción terrorista de secuestro y toma en rehenes, que es un delito permanente y, por tanto actual, en perjuicio de inocentes —en decidida ejecución de sus planteamientos políticos inhumanos y antidemocráticos—, se tornaron, en objetivos militares legítimos durante esa participación, en aras de la, ejecución de una operación de rescate.

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, de otro lado, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos --en adelante DIDH—, cabe acotar lo siguiente:

1. Está permitido el uso de, fuerza. letal en caso de defensa propia o de un tercero, o en caso de peligro inminente Para uno o 'terceros, que es el caso de rescate de rehenes. Eso fue lo que llevó a cabo el COT y la Patrulla Tenaz.

2. La SCIDH *Zarnbrano Vélez versus Ecuador,* ya citada, del cuatro de julio de dos mil siete, ratificó los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por 1:)Parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. Destacan los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Así, en clave de excepcionalidad, él uso de la fuerza debe tener lugar cuando se han agotado y fracasado

todos los demás medios de 'control; y el uso de fuerza letal se hará efectivo en casos absolutamente necesarios y en relación con la fuerza o amenaza que Se pretende repeler. Él principio de necesidad solo justifica las medidas de violencia militar no prohibidas por el Derecho Internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del "enemigo, con el Menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un 'enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza 'inminente de muerte o lesión grave. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave.

3. En el *sub-lite,* no se trató, como resulta obvio, de un asesinato planificado. Se utilizaron medios legítimos, sin renuncia a la función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia terrorista: armamento de guerra ligero y granadas aturdidoras (las explosiones de inicio solo fueron para abrir las puertas principales y generar confusión). El principio de proporcionalidad, aplicado aquí, permitió evitar sufrimientos y daños innecesarios. Solo se ejerció violencia indispensable para someter a los secuestradores terroristas. El resultado final, apreciado globalmente, da cuenta de la aplicación, en atención a las circunstancias de un enfrentamiento armado estrictamente focalizado, con bajas por parte de los terroristas y comandos —y con quince heridos por parte de los comandos—. Ello fue posible, a partir de un Plan Operativo previamente concebido, y de un entrenamiento riguroso y adecuado de las Fuerzas Especiales. En esa acción, además, medió la intervención —en ese mismo momento— de la jurisdicción militar, que al culminar el rescate inspeccionó el inmueble y el propio teatro de los hechos, levantando las actas respectivas. El diseño legal fue claro; luego se harán las puntualizaciones técnico jurídicas correspondientes.

4. Cabe destacar que los muertos y heridos, por parte de comandos de la Patrulla Tenaz, demuestran que los terroristas emerretistas se les enfrentaron y dispararon contra ellos. El dictamen pericial de

análisis químico de ingeniería forense de fojas mil cuatrocientos sesenta y tres da cuenta que el análisis de las muestras examinadas a seis emerretistas arrojó resultado positivo para plomo, antimonio y bario.

DÉCIMO OCTAVO. Que la cantidad de disparos que los emerretistas caídos recibieron por los comandos revela que se trató de fuego cruzado, como finalmente señala el informe de las pericias médico-legales realizadas por el Instituto de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, del dieciséis de agosto de dos mil uno: la multiplicidad de las lesiones en los diferentes segmentos corporales y sus variadas trayectorias son características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, utilizando armas de fuego de disparos únicos o de múltiple secuencia (fuego cruzado).

En esta perspectiva, el informe del Profesor Derrick Pounder —admitido a fojas veinticuatro mil trescientos noventa y dos— es clarísimo. El patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y conforme a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes. En la mayoría de los fallecidos se aprecia el patrón esperado de lesiones por proyectil de arma de fuego, con un gran número de lesiones letales (de sobredestrucción), que apuntan inicialmente corno blanco el torso con lesiones dispersas que reflejan un blanco móvil, y luego apuntan hacia la cabeza y cuello de un adversario ya moribundo y/o reducido. En el caso de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, no hay elemento en el patrón lesional que sugiera que fallecieron bajo otra situación que no sea dentro de un enfrentamiento armado.

Finalmente, todos los rehenes, salvo uno —que falleció—, fueron rescatados, mientras que otros tres rehenes resultaron heridos por proyectil de arma de fuego.

DÉCIMO NOVENO. Que un punto central de la operación de rescate es analizar si se cumplió el principio de proporcionalidad, si medió no un excesivo uso de la fuerza en la operación.

El artículo tres del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución número treinta y cuatro guión ciento sesenta y nueve, de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, prescribe que *"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas"*.

Ello implica, según el comentario incorporado a la norma, que el uso de la fuerza debe ser excepcional y lo pueden hacer en la medida en que razonablemente sea necesario para un objetivo legítimo. El uso de la fuerza importa, además, el empleo de armas de fuego corno medida extrema, cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas, de suerte que no pueda utilizarse, dadas las circunstancias, otras medidas menos extremas. Este era el caso, precisamente, de los emerretistas que ocuparon violentamente, con uso de explosivos, la residencia del embajador del Japón, y retenían durante varios meses a setenta y dos rehenes. Los delincuentes terroristas, además, estaban armados y se enfrentaron a los militares. Es necesario tener en cuenta que ya habían amenazado con victimar, por lo Menos, a algunos rehenes.

VIGÉSIMO. Que si se tiene en consideración, corno, objetivo prioritario, la salvaguarda de la vida de los rehenes, los factores que deben tomarse en consideración están en función a lo siguiente: *(i)* que se trató de catorce terroristas con entrenamiento continuo; *(ii)* que tenían armamento de guerra: fusiles AKM, un lanzacohetes RPG-7 y granadas de fragmentación, así corno eran quienes controlaban la instalación cuyo acceso habían minado —lo que les daba una singular ventaja estratégica-; qué se trataba de' setenta y dos rehenes de especial significación por sus connotaciones políticas internas e internacionales; *(iv)* que los comandos tenían armamento ligero y varios de ellos solo disponían de granadas aturdidoras, no de fragmentación como poseían los terroristas —así lo han reconocido, por lo menos, cinco comandos: William Córdova, Camino Antúnez de Mayolo, Bendezú Echevarría, Castañeda Sánchez y Alatrista Rodríguez (fojas mil diez, mil veintidós, mil ciento uno, mil ciento siete y mil doscientos treinta y siete)—; (y) que 'el' inmueble era extenso y con dos plantas, lo que obligó a la formación de varios Equipos y Grupos de acción para neutralizar a los terroristas y rescatar a los numerosos rehenes, en una operación que debía ser sorpresiva, rápida y efectiva.

Nada indica, corno consecuencia' del enfrentamiento habido, del fuego cruzado producido, del incendio y humo desatado en esas circunstancias,' y del resultado final, que medió un uso desproporcionado de la fuerza; menos, que era parte del Plan de Operaciones eliminar a los emerretistas, así se rindieran. Se previó un protocolo de acción en caso se rindieran los terroristas y resulten heridos. Los patrones lesionales de los terroristas caídos no sugieren otra conclusión que su muerte en combate, por fuego cruzado.

Un caso con connotaciones propias, sin embargo, es la muerte de Cruz Sánchez, sobre el que se examinará en un apartado específico.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que cabe añadir, desde la perspectiva específica de una acción de rescate por Fuerzas Especiales frente, asimismo, a individuos integrantes de una organización terrorista, con entrenamiento militar, y en posesión y conocimiento de armas de guerra, que una operación militar será proporcionada cuando no ocasiona víctimas ni daños colaterales excesivos o innecesarios, en relación con el resultado global esperado. Si se toma en cuenta que solo un rehén falleció, dos comandos murieron, cinco rehenes resultaron heridos, quince comandos igualmente resultaron heridos y los catorce terroristas fueron abatidos, es razonable deducir que se empleó, incluso a partir del armamento utilizado por el Estado, la fuerza necesaria para liberar a los rehenes y poner fin al secuestro. Además, se alquilaron casas alrededor de la residencia del embajador del Japón, para disminuir sensiblemente o restar el daño colateral, esto es, que se extienda a otros civiles y otros inmuebles.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en esta perspectiva, los comandos, y quienes los dirigieron, actuaron en el estricto cumplimiento de un deber jurídico, de defensa de la sociedad, de restauración del orden público (artículo 20° numeral 8 del Código Penal), sustentada en razones de seguridad jurídica. Esta causa de justificación, desde la seguridad jurídica, se explica en la exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico. El ordenamiento jurídico, en estos casos concretos —como los que son materia de análisis— autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros, en razón a la existencia de un interés público predominante: defensa de la vida y libertad de los rehenes, en correspondencia con la afirmación de la seguridad ciudadana, frente al respeto de la vida o integridad corporal de los emeiTetistas. Los comandos y quienes lo dirigieron; dado lo ya expuesto, se mantuvieron dentro de lo que le impone el deber, por lo que su conducta está plenamente justificada. La finalidad del deber y la necesidad de realizar el acto típico, en cuanto parámetro del cumplimiento del deber, no han sido vulnerados, de ahí la plena vigencia de la referida causa de justificación [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho Penal. Parte general.* Segunda Edición. Jurista Editores, Lima, dos mil doce, páginas seiscientos cuatro a seiscientos siete].

4. ***De la muerte de los agraviados Peceras Pedraza y Meléndez Cueva:***

VIGÉSIMO TERCERO. Que acerca de la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, desde la acusación se destaca, primero, la versión del diplomático japonés Hidetaka Ogura; y, segundo, las características de las lesiones que presentan, las cuales no serían compatibles con la versión proporcionada por los comandos que indicaron que les dispararon.

Menciona la Fiscalía Superior *(i)* que cuando se lleva a cabo el rescate de Hidetaka Ogura, desde el segundo piso, al pretender descender por la escalera, al dar vuelta y mirar dentro del ambiente, observó como dos terroristas (un hombre y una mujer) habían sido capturados por los comandos, los cuales los tenían rodeados. Luego, los agraviados fueron encontrados muertos. Por otro lado, *(ii)* que las lesiones que presentan los dos emerretistas agraviados, con trayectoria de atrás hacia delante y de arriba hacia abajo, difieren de las versiones de los comandos que dicen les dispararon. Todo ello significa, a juicio del Ministerio Público, y también de la parte civil, que los dos agraviados fueron víctimas de ejecución extrajudicial.

VIGÉSIMO CUARTO. Que la sentencia recurrida destaca que Hidetaka Ogura no tuvo la visión suficiente para ver que los agraviados se rendían, pues la escalera se encontraba sostenida en la baranda metálica del balcón, de suerte que no tenía suficiente visión hacia el interior de la habitación, pues el ancho del muro que hace colindar la entrada a la habitación con el extremo de la reja de la baranda del balcón no lo permite. Es más, los rehenes eran evacuados, para su mayor seguridad, uno por uno. Si como Hidetaka Ogura indica, era el penúltimo rehén, y como aparece de lo actuado, el último rehén se aprestaba a bajar pero reingresa a la habitación por sus medicinas, ello significa que Hidetaka Ogura ya no estaba en el lugar o sea en pos de bajar la escalera.

Este planteamiento no es compartido por la jueza Lizárraga Hougthon, quien expresa que la observación de Hidetaka Ogura se produjo antes de subir la escalera, y su apreciación es coherente con las fotografías mostradas en el acto de la audiencia.

VIGÉSIMO QUINTO. Que Hidetaka Ogura declaró que después que los comandos intervinieron el cuarto "r —allí se encontraban como rehenes los magistrados; mientras que en el cuarto del, costado, el cuarto "H", estaban once ciudadanos japoneses, incluido el citado. Al hacerlo voltear a mirar hacia la entrada principal del cuarto "1" Observó que dos miembros del MRTA estaban rodeados por militares de estatura alta —una:de ellas era Cynthia—; que antes de bajar por la escalera portátil escuchó que Cynthia gritaba algo así como: *"No lo maten"* o *"No me maten"* [carta de fojas dos _mil ochocientos ochenta y siete, del veinte de agosto de dos mil uno; acta de interrogatorio de fajas diez mil cuatrocientos treinta y uno, confeccionada en Japón; y declaración plenaria.] Vía teleconferencia de fojas veinte dos mil novecientos noventa y cinco vuelta].

VIGÉSIMO SEXTO. Que para el juicio de credibilidad del testimonio de Hidetaka Ogura cabe tener en cuenta varios factores. Así: *(i)* Que recién hizo

saber lo ya expuesto en diciembre de dos mil, en una entrevista que salió publicada el dieciocho de diciembre de ese año en el diario *El Comercio;* es decir, tres años y ocho meses con posterioridad a los hechos, que por lo tardío de denunciar o poner en conocimiento público tan grave acontecimiento permite relativizar su versión; *(u)* que tanto Carlos Tsuboyama Matsuda (fojas ciento cuarenta y cinco y cinco mil doscientos treinta y siete) —que fue rehén del cuarto "H"— y los jueces supremos Montes de Oca (fojas ciento cincuenta), Pantoja Rodulfo (fojas ciento cincuenta y cinco y mil doscientos treinta y ocho) y Sivina Hurtado (fojas ciento setenta y cinco y veintidós mil ciento ochenta y tres) —que fueron rehenes del cuarto "I"—, corno los rehenes Giampietri Rojas (fojas ciento noventa y uno, seis mil ochocientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho) y Rosas Domínguez (fojas doscientos y diez mil seiscientos setenta y dos) —marino uno y policía otro, respectivamente—, acotaron que no pudieron ver nada porque había mucho humo, tanto por la balacera como por las detonaciones de bombas [Giampietri Rojas llegó a puntualizar que había muy poca visibilidad, mucho humo porque con las granadas el tapizón y las alfombras se quemaron]; *(iii)* que, en igual sentido, declaran los comandos del Grupo Delta ocho: Becerra Noblecilla (fojas mil treinta y dos), Moral Rojas (fojas mil cuarenta) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro y siete mil trece), al expresar que no vieron nada por las detonaciones y humo; siendo de enfatizar que el rehén César Aguirre Legua perdió el conocimiento producto del humo negro que había en el interior de la residencia (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco); *(iv)* que, en línea de corroboración de la precisión que contiene la sentencia de instancia, el rehén Giampietri Rojas acotó que Hidetaka Ogura estaba en el balcón que da al cuarto "I", y bajaba al primer piso por las escaleras puestas por los comandos, no era posible que pudiera mirar hacia atrás.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que un testimonio escrito de relevante significación es el proporcionado en el libro Rehén Voluntario del padre Juan Julio Wicht S. J. (Lima: editorial Alfaguara, mil novecientos noventa y ocho). En la acción de rescate —dice—no solo se produjeron explosiones, sino advirtió sonidos de granadas y metralletas, y producto de las explosiones vio el humo denso, oscuro, tóxico; humo que penetró las habitaciones y pasillos cubriéndolo todo, a tal punto que,_ echado en el suelo, pudo ver las botas de los comandos. Además, conforme pasaban los minutos, insiste, el humo seguía tan denso que hacia imposible saber qué ocurría a dos o tres metros de su rincón (fojas tres mil ochocientos ochenta y uno a tres mil ochocientos ochenta y cuatro).

Otro dato notable que aporta es que el comando que se le acercó lo había identificado. Ello le permitió comprender que los comandos prepararon todo al detalle, estudiaron cada rincón de la casa, y conocían y aprendieron los nombres de todos, además de sus caras (fojas tres mil ochocientos ochenta a tres mil ochocientos ochenta y siete).

VIGÉSIMO OCTAVO. Que no solo tres comandos —y no dos corno dice la sentencia recurrida— admiten que dispararon contra los terroristas agraviados en acto de combate, sino que todos los comandos niegan la escena que dice observó Hidetaka Ogura. En una entrevista periodística, ya citada publicada, en el diario *El Comercio,* cuyo texto corre a fojas mil trescientos dieciocho, hizo mención, algo contradictoriamente, que dentro de la residencia no logró ver completamente bien, aunque alcanzó a ver a dos terroristas que habían sido capturados. Todos los testigos apuntan que no podían ver por el humo y lo rápido de lo ocurrido —no es creíble que solo él observe lo que todos los que estaban allí no lo hicieron—. Este hecho, unido a que nadie escuchó gritos de rendición y a lo tardío de su denuncia, no permiten concederle credibilidad, ante la falta de datos, aunque sea periféricos, de corroboración. Además, dos rehenes de especial significación: Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, expusieron en sus declaraciones que Hidetaka Ogura estaba muy vinculado a los emerretistas y que pasaba mucho tiempo con ellos, dato que —aunque no definitivo— contribuye a restar aún más la credibilidad a su testimonio. También disminuye su nivel de sinceridad el hecho de que mencionó en el acto oral [sesión sexagésima octava del veintitrés de abril de dos mil doce] que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón obligó a todos los rehenes japoneses someterse a una terapia psicológica, lo que ha sido expresamente negado por el gobierno del Japón [Nota Diplomática de fojas veinticuatro mil ciento cincuenta].

VIGÉSIMO NOVENO. Que, de igual manera, la prueba médico forense no corrobora la imputación y lo expuesto por Hidetaka Ogura. Es más, la descarta definitivamente. No es correcto afirmar que al momento de recibir los disparos, las víctimas se encontraban incapacitadas. En efecto:

1. El Informe médico legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, puntualiza que por la multiplicidad de lesiones que presentan dichos agraviados y sus varias trayectorias, se trata de características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, que utilizaron armas de fuego de disparos únicos o múltiple frecuencia (fuego cruzado).

2. La pericia de medicina forense de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducida a fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, ratificada en el acto oral, da cuenta de que no se comprobó evidencia de "tatuaje", por lo que no se puede determinar si el disparo se efectuó a corta o larga distancia.
3. Las pericias de balística forense de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, dos mil setecientos veintinueve y dos mil setecientos treinta y cuatro establecen que los cadáveres de los dos agraviados no presentaron signos de disparo o cañón aplicado ni presentaron signos de Benassi —propios de disparos a corta distancia, que en restos óseos no desaparecen—. No se encontraron, por tanto, restos de disparos a corta distancia.
4. Las pericias enuncian, respecto a la posición de las víctimas en relación al tirador, que puede tratarse de combate cruzado y que los disparos no son de corta distancia. Además, revelan que los proyectiles que impactaron en las víctimas eran de nueve milímetros.
5. El Informe del profesor Derrick Pounder, igualmente, precisa que el patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y es conforme a lo que se esperaría de Un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes.
6. El Informe del Equipo Peruano de Antropología Forense (fojas mil quinientos cuatro) se menciona que es factible concluir, por lo menos en ocho de los catorce casos, en que las víctimas se habrían hallado incapacitadas al ser disparadas. La movilidad de la víctima fue mínima o igual a cero. No obstante, el perito José Pablo Baraybar Do Carmo, en sede sumarial y plenaria! (fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho y veintiún mil cuatrocientos treinta y siete), narra que el informe que elaboró conjuntamente con Clyde Collins Snow no hace referencia a la posición específica de la víctima en relación al victimario, y que el informe es de cuello y cabeza, y se tiene que leer en forma complementaria con el de medicina legal.
7. Esto último, es' criticado por Derrick Pounder, que lo califica de una debilidad fundamental e irrepetible, pues no es posible realizar una reconstrucción significativa de los disparos sin tomar en consideración las lesiones infringidas en el torso, así como en la cabeza y en el cuello del occiso. El Informe antes aludido es parcial, no torna en cuenta los hallazgos encontrados en las necropsias iniciales, cuando las personas

acababan de morir y las lesiones por proyectil de arma de fuego en la piel estaban disponibles para su examen y documentación.

§ 5. *De los agravios de las partes recurrentes.*

TRIGÉSIMO. Que a pesar que lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes desestima la pretensión impugnativa de las partes acusadoras, al concluir que no existió una ejecución extrajudicial —cabe insistir que el caso de Cruz Sánchez (a) "Tito" tiene un encuadre especifico, que luego se analizará—, y que la operación militar Chavín de Huantar cumplió con los estándares del Derecho Internacional y con los propios del Derecho Penal nacional (los comandos militares —miembros del Ejército y de la Marina— y quienes los dirigieron —de uno u otro modo, los imputados a quienes se les atribuye autoría mediata e, incluso, a otros más desde diversas perspectivas jerárquicas en la cadena de mando— actuaron en cumplimiento de un deber jurídico), es menester responder algunos motivos —puntos o cuestiones planteados— de su pretensión en cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que una primera cuestión se refiere a que los cadáveres se llevaron al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y no, a la Morgue. Central de Lima. Ello, además, importó que se impida a los peritos de Criminalística de la Policía Nacional el acceso a la residencia del embajador del Japón. Todo lo cual implicaría una voluntad de ocultar o desaparecer las pruebas o vestigios de la comisión de delito.

Este motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que es cierto que el Decreto Supremo número cero 003-69-PM-JC, que aprobó el Reglamento de Necropsias, disponía que estas se realicen por los médicos legistas y que la necropsia comprende siempre la apertura de las cavidades craneales, pectoral y abdominal. Ello supone, corno es lógico, la intervención de la jurisdicción penal ordinaria.

No obstante, no sucedió así. En esa ocasión, no solo el ámbito territorial, donde se encontraba la residencia del embajador del Japón, estaba bajo el Estado de Emergencia —tal como ha sido puntualizado anteriormente— sino que la jurisdicción que la regía era la castrense; de conformidad con el artículo 10° de la Ley número 24150, de modo que la autoridad judicial militar era la competente para realizar los actos de investigación y levantamiento de los cadáveres.

Las primeras diligencias las hizo el Juez Militar, acompañado del fiscal militar, corno fluye de las dos actas respectivas: de intervención de las Fuerzas

del Orden en cumplimiento al Plan de Operaciones Chavín de Huántar, y de identificación y levantamiento de cadáveres de los delincuentes terroristas pertenecientes al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru encontrados en la residencia del embajador del Japón, de veintidós y veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete, respectivamente.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que es evidente que la norma que sustentó el concurso de la jurisdicción 'militar fue declarada inconstitucional y que, también posteriormente, la jurisprudencia tanto nacional [Sentencia del Tribunal Constitucional número 0010-2012/TC, del tres de enero de dos mil tres, párrafos noventa y cuatro al ciento nueve] como internacional consideró que las imputaciones acerca de crímenes contra los derechos humanos no pueden ser de conocimiento por la jurisdicción militar —esta línea jurisprudencial, luego de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Sentencia Castillo Petruzzi versus Perú, del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve, párrafos ciento veintiocho al ciento treinta] y del Tribunal Constitucional, está plenamente asumida por este Supremo Tribunal—. Como el análisis es *ex ante* y no *ex post,* no es posible cuestionar, aquí y ahora, la legalidad de esa decisión normativa y, luego, judicial de intervenir la justicia castrense, a los efectos de estimar que los imputados y otras altas autoridades, a sabiendas o dolosamente, negaron el acceso a la justicia penal ordinaria, el juez legal del caso, e impidieran una investigación alternativa e independiente de los hechos.

Dos datos pueden mencionarse. Primero, que los imputados actuaron —visto el encuadre normativo en el momento de la actuación— de buena fe, al definir la intervención de la jurisdicción militar y coordinar con ella, como se menciona en el Plan Operativo, por lo que, por tal razón, medió, en todo caso, error de prohibición invencible. Así las cosas, no es posible sostener desde el Derecho Penal que se actuó delictivamente. Segundo, que las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales recién se produjeron, por obra del diplomático Japonés Hidetaka Ogura, el dieciocho de diciembre de dos mil a un medio de comunicación social —*El Comercio*—, no a la Fiscalía, y las 'denuncias formales de los familiares de las víctimas el cuatro de enero de dos mil uno: tres años y ocho meses después de los hechos. Inicialmente, las actas de la jurisdicción castrense, ya mencionadas, no dan cuenta de dato relevante alguno que importo indicio de criminalidad; incluso de Cruz Sánchez se menciona que tenía una granada en la mano que no llegó a lanzar [folio siete del acta respectiva].

TRIGÉSIMO CUARTO. *'Que* mal se puede 'sostener, entonces, que estaba preestablecido un procedimiento para ocultar una voluntad delictiva de

ejecuciones extrajudiciales dispuestas por las más altas escalas de la cadena de mando. El noveno principio, relativo a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias ó sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución número Mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, estipula que se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. La investigación es la que ha dado lugar a este proceso, ya con intervención de la justicia penal ordinaria, independiente, objetiva e imparcial, frente a las denuncia de ilicitudes penales.

TRIGÉSIMO QUINTO. Que resta deslindar la denunciada influencia negativa de las necropsias realizadas en el Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Si bien las necropsias inicialmente elaboradas no fueron completas y se ha explicado que la autopsia es parcial cuando se tiene la certeza diagnóstica de que la causa de muerte está localizada en algún órgano del Cuerpo humano [ver necropsias preferenciales de los tres agraviados de fojas mil setecientos nueve, mil setecientos doce y mil setecientos trece, analizadas por los pertinentes informes médico-legales de fojas mil quinientos cuarenta y ocho y siguientes], es de acotar que la orden de realización de las pericias provino de la autoridad judicial militar, orden que cumplieron los médicos del Hospital Central, en cuyo resultado el Jefe del Departamento de Anatomía Patológica cumplió con ratificarse —atento a su carácter de pericia institucional—, corno se advierte de las declaraciones de fojas trescientos sesenta y uno, trescientos noventa y siete y trescientos setenta y dos, en concordancia con los médicos de sanidad que participaron en las necropsias, que declararon a fojas cuatro mil setecientos ochenta, cuatrocientos setenta y seis y cuatrocientos ochenta y dos.

Las opiniones forenses del Instituto de Medicina Legal sostienen que tales necropsias no aportaron datos conclusivos sólidos [ver observaciones del Informe Médico Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho]. Además, luego se dispuso el entierro de once cadáveres corno NN en diversos cementerios de la ciudad.

En el primer caso, a los efectos de determinar las causas - de la muerte, aunque se oscureció parcialmente un correcto resultado forense, posteriormente se realizó la exhumación de cadáveres [ver Partes de fojas dos mil quinientos treinta y siete, dos mil quinientos cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos,

así como protocolos de exhumación de fojas tres mil trescientos dos, tres mil trescientos trece y tres mil trescientos noventa y cinco] y se emitió el Informe de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, que ha permitido determinar la existencia de un "fuego cruzado".

Cabe destacar que Baraybar Do Carmo, experto del Equipo Peruano de Antropología Forense, que por lo demás no es una institución de carácter oficial —no son expertos habilitados y sometidos a la carrera administrativa integrada al Instituto de Medicina Legal, encargados por ley de este tipo de pericias forenses— señaló que no puede afirmar la posición en que se encontraban los tres agraviados. A lo mucho puede establecer un patrón de conducta, de cómo ingresó la bala; mas no dice, en algún momento, cómo fueron victimados los terroristas.

De ser así, en lo que es relevante a los efectos de esta causa, tales limitaciones, suplidas en lo esencial con las diligencias forenses realizadas en el proceso, no son significativas ni permiten sostener que sus deficiencias determinaron una pérdida total del material probatorio que impidió una conclusión científica aceptable de los hechos. Por último, cabe puntualizar que el entierro de cadáveres como NN solo se produjo respecto de aquellos que no fueron identificados. De tres de ellos, previa identificación, se entregó los cadáveres a sus parientes, incluyendo el del jefe terrorista Cerpa Cartolini (a) "Evaristo" —el resto eran Cruz Sánchez y Rolly Loli Fernández—[ver Memorando de fojas Un mil setecientos cincuenta y cuatro].

TRIGÉSIMO SEXTO. Que la Fiscalía Superior denuncia la inaplicación del artículo 19° del Código de Justicia Militar, pues se cumplió con ejecutar órdenes notoriamente ilícitas. El citado Código, a diferencia del Código Penal común, añade el requisito de que la orden no debe ser notoriamente ilícita. Es claro, sin embargo, *(i)* que el artículo 20°, inciso 9, del Código Penal, supone, de acuerdo con la Constitución, que no existe el deber de cumplir órdenes ilícitas, y *(ii)* que la locución "notoriamente ilícita" alude, en principio, a los delitos más graves (un asesinato, sin duda, lo es), los mismos que constituyen una violación a las reglas fundamentales de la convivencia social [Conforme: HURTADO Pozo. *Manual de Derecho Penal.* Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil cinco, páginas quinientos ochenta y cuatro a quinientos ochenta y cinco].

Tal motivo no puede prosperar.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en efecto, la denuncia de inaplicación de la norma material parte de entender, con carácter previo, que se produjeron ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias por parte de las Fuerzas Especiales y por mandato de los imputados. Lo analizado en la tercera y cuarta sección de la parte Fundamentos de Derecho de la presente Ejecutoria Suprema, y lo indicado

en los fundamentos jurídicos quinto al séptimo de esta misma Parte, constituyen motivación razonada y razonable suficiente y a ella se ha referido la sentencia de instancia.

Cabe sí destacar, primero, que exiáterprueba testifical y docuiriental' 'que revela no solo la exigencia dé las 'autoridadeá del respeto de los derechos humanos [véase fojas seis mil setecientos treinta y nueve, seis mil setecientos cincuenta y uno, seis mil setecientos' cincuenta y siete y seis mil setecientos setenta y cuatro] y que incluso en los planes de 'ejecución sé tenía prevista la 'posibilidad de rendición y la forma en que debía proceder frente 'a ellos "Véase declaraciones de los comandos de fojas quinientos Veinte y Siete, quinientos veinte - y ocho, quinientos cuarenta y cinco, quinientos sesenta y tres, quinientos setenta y seis, seis mil noventa y dos, novecientos dieciséis y siete mil trece]; Segundo, decir que no se contaba con instrumentos para asegurar a un' tendido o capturado, en el contexto de una operación de Fuerzas Especiales de rescate de rehenes 'y según la 'forma corno se llevó a cabo, con Secuestradores terroristas que anunciaron enfrentamientos armados y que en el acto de la acción e rescate' se luchó con los comandos, no tiene solvencia técnica ni rigor para analizar operaciones de esta naturaleza:

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que es importante precisar que los actos permitidos por el ordenamiento comprenden dos requisitos y exigen tres condiciones para su debida aplicación [Conforme: Sentencia del' Tribunal Supremo Español del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa: y cuatro]. El primer requisito es que el sujeto activo sea tina autoridad o funcionario público autorizado por las normas jurídicas a hacer uso de medios' letales, y el segundo es que el hecho típico se haya producido en el ejercicio de sus funciones; sin duda, se trató de una operación militar de rescate que, dadas las circunstancias, era de indispensable realización y estaba conforme con el ordenamiento jurídico.

La primera condición, en cuanto a la conducta del agente oficial, es que para el cumplimiento de su deber tenga necesidad de hacer uso de medios violentos. La segunda es que se utilice el medio violento menos peligroso y del modo menos lesivo posible en consideración a las circunstancias. Y la tercera estriba en que sea proporcional la violencia utilizada en relación con el hecho que origina la intervención de las Fuerzas Especiales. Esas condiciones ya han sido analizadas. La necesidad de la operación militar de rescate se dio cuando se frustró la negociación y se contaba con información de una conducta agresiva de los secuestradores contra los rehenes, además se utilizó armamento de guerra ligero y las técnicas militares de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo,

frente a terroristas fuertemente armados y decididos, corno en efecto hicieron, al enfrentarse a los comandos.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que la Fiscalía Superior, como tercer motivo, establece que se vulneró el juicio de fiabilidad al valorar dos informes técnicos, médicos forenses, presentados por la Procuraduría del Estado del Ministerio de Defensa de los doctores Juan Manuel Cartagena y Derrick Pounder.

El motivo no puede tener éxito.

CUADRAGÉSIMO. Que, en principio, los informes en cuestión han formado parte de las actuaciones. El del profesor Derrick Pounder (fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y cinco) fue admitido por decisión dictada en audiencia y oralizado (fojas veinticuatro mil trescientos treinta y siete). Los dos Informes del médico forense español Juan Manuel Cartagena (fojas veintitrés mil seiscientos treinta y dos y veintitrés novecientos noventa y nueve), si bien medió oposición de la parte civil, la Sala los admitió y oralizó a fojas veintitrés mil setecientos cincuenta y uno y veinticuatro mil ciento seis. La oposición, en este caso, carece de virtualidad. Se trata de documentos, sin duda técnicos, cuyo análisis está reservado a las partes y, fundamentalmente, están sujetos a la verificación jurisdiccional.

Si bien fueron considerados como "documentos ilustrativos", tal carácter ilustrativo o no otorgado por la Sala Sentenciadora es irrelevante, en tanto que puede ampararse en él, como prueba documental —no puede ser otra cosa que un medio de prueba, ni siquiera atípico—, para examinar, con arreglo a la sana crítica racional —a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que apuntan a una justificación racionalL, las pericias médico y antropológico forenses. Son puntos de apoyo técnico que extienden el espectro del análisis que debe hacerse de toda pericia y, como tal, tienen un carácter complementario (uno de los elementos que compone el concepto mismo de sana crítica es el de los conocimientos científicamente aceptados socialmente, de ahí que toda información que permita profundizar en este análisis no puede dejar de tomarse en cuenta).

En tanto la meta del proceso es el esclarecimiento sobre el hecho y la responsabilidad atribuida a los acusados, negar su análisis contraría ese objetivo, constitucionalmente legítimo. Cabe añadir que las conclusiones periciales serán obviamente más confiables cuando se vean armoniosamente corroboradas por el resto del material probatorio incorporado a la causa; cuando concuerde con el dicho de los testigos, documentos y demás constancias, su eficacia aumenta [JAUCHEN, EDUARDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Torno III,

Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil doce, páginas cincuenta y cinco y cincuenta y nueve].

En tanto los informes fueron ofrecidos por parte legitimada y constan en las actuaciones que no se afectó el derecho de defensa ni el principio de contradicción. Muy bien pudieron hacer referencia a ellos en la fase respectiva y, concretamente, en los alegatos. Corno ha estado disponible en las actuaciones, examinarlos constituye una labor que hace compatible la valoración de la prueba con el principio de exhaustividad, en cuya virtud todos los elementos probatorios integran una unidad y el juez debe analizarlos y comprobar su vinculación, o los grados de conformación o rechazo de las hipótesis en juego [T? Tv-, ERA MORALES, RODRIGO. *La prueba: un análisis racional y práctico.* Marcial Pons, Madrid, dos mil doce, páginas, doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y dos].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que la Fiscalía Superior denuncia, como cuarto motivo, que el acta de identificación y levantamiento de los cadáveres de los delincuentes terroristas no fue realmente firmado por los peritos que participaron en dicha diligencia, pues fueron impedidos de ingresar a la residencia, acta que firmaron en lugares y momentos distintos. Estima, por consiguiente, que carece de eficacia y es inválida por vicios insalvables.

El motivo carece de consistencia para ser aceptado.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que se trata de un acta judicial, realizada al día siguiente de la operación Militar de rescate por el Juez Militar, en compañía del fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. Cabe significar, primero, que la diligencia Materia del acta 'de intervención de las Fuerzas del Orden de fojas un mil ochocientos uno, levantada el mismo día de la operación militar de rescate, tuvo que suspenderse porque existía peligro para la seguridad del personal judicial porque "[...] se tenía conocimiento de qué lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos.

Segundo, que la diligencia de identificación y levantamiento de Cadáveres, materia del acta de fojas un mil ochocientos seis y siguientes, fue dirigida por el juez Militar, con intervención del Fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. En las páginas siete y 'odió se precisó que la diligencia iniciar se suspendió por la presencia de artefactos explosivos que el personal especializado desactivó —lo que confirma este aserto, que tipifica una causa de 'fuerza Mayor insuperable para no continuar ese mismo día la diligencia judicial:-. En la página ocho del acta en cuestión, se anotó que el Juez Militar dispuso 'el levantamiento de los cadáveres y ordenó el traslado de los mismos al Hospital Central de la Policía Nacional pata

las autopsias respectivas, así como (que los funcionarios judiciales se constituyen a dicho hospital y se ordenó al médico de Patología, comandante PNP Herbert Ángeles Villanueva, practique las necropsias de ley, igualmente dispuso que personal especializado realice la identificación respectiva de los cadáveres. Esa acta fue firmada, además del personal judicial, por seis miembros de la PNP: dos peritos dactiloscópicos, dos odontólogos y dos oficiales médicos de Anatomía Patológica del Hospital Central de la Policía Nacional. La Nota Informativa de fajas un mil setecientos, da cuenta del traslado de los cadáveres de los terroristas al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Por orden del Juez Militar no se realizaron actas de Inspección Técnica Policial (Informe Policial de fojas un mil seiscientos noventa y siete). Las necropsias se remitieron conforme aparece del oficio de fojas un mil setecientos siete, del treinta de junio del dos mil uno, cursado por el Director General del referido Hospital Central. El Jefe del Departamento de Anatomía Patológica, en su ampliación de manifestación de fojas un mil doscientas setenta y nueve, informó de la actividad que le tocó cumplir, por orden judicial, al Hospital Central, al punto de concluir que los catorce cadáveres muestran disparos a larga distancia.

Los peritos de dactiloscopia cumplieron con su rol al tomar las huellas de los cadáveres, aunque según menciona uno de ellos se le obligó firmar el acta judicial de levantamiento de cadáver [ver declaraciones de fojas trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y cinco]. Este último dato no es particularmente significativo, porque solo está referido al mandato judicial y al momento en que el Juez Militar se trasladó al Hospital Central de Policía, no a toda la fase previa y esencial, de lo que se halló en el teatro de los hechos y su descripción. El traslado se cumplió, se acató la orden judicial y las pericias anatómicas se realizaron,

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que el motivo por el cual el acta de levantamiento de cadáver culminó al día siguiente está absolutamente justificado. No puede formularse reparo por esa circunstancia de fuerza mayor. Es evidente que la escena de los hechos fue removida, pues se requería auxiliar a los heridos, apagar el fuego y, luego, revisarla para eliminar el peligro de artefactos explosivos [declaraciones de efectivos de la Unidad de Desactivación de Explosivos Reyna Zelada y Párraga Zapatero, de fojas quinientos quince y quinientos veinte]. Nada indica que durante ese lapso manos extrañas alteraran dolosamente el teatro de los hechos para ocultar ilicitudes penales. Recuérdese que el inmueble constituía un recinto diplomático, lo que contribuía a las exigencias de mayor cuidado y a coordinaciones con el personal diplomático japonés. Luego de la operación de rescate no ingresaron personas ajenas a la residencia, apuntó el

general PNP Gamero Febres, encargado de la custodia [declaración sumarial de fojas once mil ochocientos cincuenta y ocho].

Determinados cuestionamientos a la última acta, acerca de la firma del personal del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y de Criminalística de la propia Policía Nacional del Perú, aun cuando completan la actuación judicial, no son relevantes respecto del propio levantamiento de cadáveres y de la específica descripción del teatro de los hechos, que solo corresponde definirlo a la autoridad judicial. Los peritos habían intervenido, según el acta, recién cuando el personal judicial se trasladó al Hospital Central: cabe señalar que se trasladó a los cadáveres, que las autopsias se realizaron en ese hospital y que las huellas se tomaron.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que la Fiscalía y la parte civil insisten en que se produjo una "cadena de mando paralela", que partía desde el presidente Fujimori Fujimori, el jefe del CCFFAA Hermoza Ríos, el asesor presidencial Montesinos Torres, el comandante general de la DIVFFEE Jaime Patiño, el jefe de la Patrulla Tenaz y los miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zarnudio Aliaga. Los efectivos del SIN, con Montesinos Torres como eje rector y la intervención del general EP Hermoza Ríos, tenían injerencia de facto en la operación militar, al punto que se encargaron de matar a los subversivos que quedaban vivos.

Se parte de la afirmación de que Montesinos Torres integraba el COT; que él coordinaba directamente con el presidente Fujimori Fujimori y recibía informes de los tenientes coroneles EP Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. La cadena de mando paralela era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel EP William Zapata. A través de la cadena de mando militar llegó la información de los tres detenidos y fue al más alto nivel que se decidió la muerte de los rendidos por las instancias ejecutoras. Este motivo no es viable.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, como es evidente, todos los integrantes de la Patrulla Tenaz han negado vínculo alguno con los miembros del SIN, al punto de estar supeditados a ellos o, cuanto menos, entregarle a los emerretistas rendidos para su ejecución extrajudicial. Esa negativa alcanza a los jefes de la cadena de mando militar. En las operaciones propiamente militares de rescate no participó Zamudio Aliaga, tal corno declara el suboficial PNP Raúl Robles Reynoso, en su testimonial sumarial de fojas once mil novecientos cinco. Zamudio Aliaga mencionó que solo ingresó después de terminada la operación de rescate para ayudar a la evacuación de heridos y rehenes, y su posición de mando estaba ubicada en el exterior de la residencia [manifestación de fojas un mil trescientos dos]. El suboficial de tercera PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga apuntó que terminado el operativo, los efectivos del SIN ayudaron a que

los rehenes salgan de los túneles; a estos mismos les correspondió la filmación del operativo [declaración de fojas seis mil quinientos cinco]. Montesinos Torres, en el momento de la operación, se encontraba en el SIN, como declaró el efectivo de inteligencia Alejandro Montes Walters [instructiva de fojas seis mil seiscientos], luego de lo cual se desplazó a la residencia [instructiva de Javier Pérez Pezo de fojas seis mil seiscientos dieciséis].

El teniente coronel EP Pajares del Carpio es enfático: no tenían que obedecer ninguna orden de Huamán Ascurra —quien se encontraba en el Bunker, en la Casa número uno, cuando se produjo el operativo [declaración del Suboficial PNP Churata Apaza de fojas seis mil cuatrocientos noventa y seis], ni Zamudio Aliaga, porque no figuraban en la línea de comando, a quienes ni siquiera vio durante la operación [declaración de fojas tres mil veintisiete].

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que no hay duda de la intervención en el COT de Montesinos Torres, por orden del presidente Fujimori Fujimori. El SIN realizó, además, tareas de información, interceptación telefónica, comunicación con rehenes y análisis de la información acopiada, así como la elaboración de maquetas de la réplica de la embajada y la construcción de túneles. Tenía a su cargo, además, la custodia y control de las casas aledañas a la residencia, la filmación y tomas fotográficas de lo sucedido en la operación, y el apoyo en el traslado de heridos —Ramos Viera, del SIN, agregó que también les correspondió la logística: uniformes, materiales y municiones para las Fuerzas Especiales [fajas quinientos ochenta y tres]—. Los mecanismos de comunicación eran propios para cada institución: los comandos y sus mandos, y del SIN y sus mandos.

Aclaró Hermoza Ríos que Montesinos Torres llegó luego de que acabó la operación Chavín de Huántar y no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención y, por ende, no podía dar órdenes [declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos veintisiete]. El general EP Jaime Patiño, comandante general de la DIVFFEE, precisó que no recibió información de Montesinos Torres durante el desarrollo de la operación. La no injerencia de Montesinos Torres en el aspecto militar es afirmada por el coronel EP Williams Zapata en su declaración sumarial de fajas once mil quinientos sesenta y seis y en su declaración plenarial de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho.

El suboficial PNP Olivares Príncipe que estaba como personal de seguridad en la Casa número tres, bajo el mando del suboficial PNP Clavijo Arrece, se limita a decir que Montesinos Torres estaba a cargo de la operación. Esa información, por provenir de un suboficial con un puesto menor en la operación no tiene mayor fundamento, tanto más si Clavijo Arrece no la corrobora, quien además alude a la

ausencia de Huamán Ascurra ese día [fojas un mil ciento cuarenta y un mil ciento cincuenta y nueve]. El técnico de tercera EP Tolentino Tapia, en su manifestación de fojas seiscientos diez y testifical de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro sostiene, primero, que era el encargado de filmar el operativo, que la información la revisaba y evaluaba el teniente coronel EP Huamán Ascurra, y que el día del rescate Huamán Ascurra y el coronel EP William Zapata informaban todos los detalles a Montesinos Torres; y, segundo, que Huamán Ascurra y William Zapata estuvieron en los puestos de comando, pero quien comunicaba lo ocurrido a Montesinos Torres era el primero, que ingresó a la vivienda inmediatamente después de cesar el combate para filmar, y que Huamán Ascurra estaba a cargo de la operación de inteligencia.

Esta última declaración no es uniforme, aunque confirma lo que todos han expresado: Huamán Ascurra tenía a su cargo labores típicamente de inteligencia, y que él daba cuenta a Montesinos Torres —su grado y puesto de ocupación, sin duda, no le permitía acceso a las líneas más delicadas de comunicación durante la operación militar—. No está probada una interferencia del área de inteligencia del área de intervención propiamente dicha, menos que Montesinos Torres, por encima del jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE cursara órdenes a William Zapata, jefe de la Patrulla Tenaz. Corno ha quedado establecido, a partir del análisis que se ha efectuado, no se produjo, respecto de los emerretistas Meléndez Cueva y Peceros Pedraza una ejecución sumaria o arbitraria.

CUADRAGÉSIIVIO SÉPTIMO. Que los documentos fílmicos se entregaron a Montesinos Torres, pero no se ha podido contar con ellos: han desaparecido. Sin embargo, tal circunstancia y determinadas afirmaciones, no uniformes y sin contrastar, no permiten sostener que existía un comando paralelo, por lo demás de muy difícil presencia en el curso de una operación militar —compleja y de gran precisión, cuyo éxito dependía de una sola orden centralizada del más alto nivel de la cadena de mando-- que alcanzó los resultados esperados. La declaración plenarial del ministro de defensa Aurelio Loret de Mola de fajas veintiún mil cuarenta y ocho, como anota el Fiscal Supremo, formulando interrogantes y descalificaciones a los integrantes del SIN, es solo una apreciación que en el contexto del caso y en el marco de las investigaciones judiciales realizadas no consolida los cargos de la existencia de una línea de mando paralela y una misión específica por aquella de eliminar emerretistas heridos o capturados.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que la Fiscalía, en línea de acreditación de los hechos, como quinto motivo, menciona que, a falta de prueba directa, se debió recurrir a prueba indiciaria. La acusación recurrió a ese tipo de prueba,

lo que le permitió estimar, primero, que existió una línea de mando paralela y, segundo, que se ejecutó arbitrariamente a tres emerretistas rendidos y capturados.

Tampoco este motivo es viable.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, por lo demás, es claro que en el presente proceso —o en otros— a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Cabe recordar que en el *sub lite* se tiene, siempre desde la perspectiva de las partes acusadoras, tres testimonios sobre hechos inmediatamente previos a la muerte de los tres emerretistas agraviados y prueba pericial forense sobre las lesiones por proyectil por arma de fuego que registran los aludidos agraviados, así como datos subsecuentes al hecho —lógicas de encubrimiento real— que fundan la pretensión acusatoria.

Otro terna es, corno se ha dejado claro, que tales datos o informaciones no son indicios —ante su falta definitiva de acreditación—, menos graves y concordantes, respecto de las que no es posible hacer uso de una inferencia correcta, la cual necesariamente debe partir de realidades constatables.

QUINCUAGÉSIMO. Que la prueba por indicios requiere, corno es sabido, *(i)* que los indicios —su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva— se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, *(II)* que los hechos constitutivos de, delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detalladlo en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede efectuarse tanto *(i)* desde el· canon de su lógica o coherencia —de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos no conduzcan naturalmente a el-, como *(ii)* desde el de su suficiencia o carácter concluyente —no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa— ha de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, 'sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena' convicción judicial,

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, en el presente caso, la versión de Hidetaka Ogura, respecto de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, no es creíble y no tiene puntos de corroboración; es decir, no constituye indicio, probado y concluyente y, menos, grave. Las pruebas de descargo enervan la atendibilidad de su versión. Por otro lado, las pruebas forenses hacen mención,

finalmente, a un fuego cruzado, en combate, no a una ejecución sumaria de unos emerretistas vencidos y desarmados.

La proporcionalidad y plena racionalidad de la operación Chavín de Huántar, unida a sus resultados, impiden considerar que formó parte de su ejecución, con el concurso de otros efectivos, propiamente los de inteligencia, el matar alevosamente a los emerretistas capturados. No está probado que se instituyó una cadena de mando paralela a la propiamente militar en la dirección y ejecución de la operación militar de rescate a fin de dar muerte a los emerretistas que pudieran resultar heridos o ilesos luego de la operación de rescate. De ser así, tampoco puede admitirse que se pretendiera generar mecanismos de impunidad al borrar los vestigios materiales y el cuerpo del delito. La actuación de la justicia militar —más allá de la jurisprudencia ulterior a la ley de la materia en sentido negativo a esa regulación— fue inmediata y el presente proceso revela que se efectuó un conjunto de actos de esclarecimiento para determinar si hubo o no ejecuciones sumarias o arbitrarias, como pauta o línea acción de las máximas autoridades del Estado, de las Fuerzas Armadas y el aparato de inteligencia.

En tal virtud, los puntos de partida de la acusación se basan en meras conjeturas y las inferencias utilizadas son inconsistentes y no concluyentes.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que la Fiscalía Superior, como sexto motivo, enfatiza que los asesinatos materia de acusación, desde el Derecho Internacional, son delitos de lesa humanidad y, como tales, debieron calificarse.

El problema, en principio, no es de si se acepta o no esa categoría jurídico penal internacional, sino si, en efecto, en virtud a las pruebas actuadas y al marco fáctico específico, con sus implicancias internacionales, los hechos, que importarían la ejecución sumaria de tres emerretistas, pueden calificarse de delitos de lesa humanidad según el Derecho Internacional.

No es así. Por tanto, este motivo decae también.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que desde el año mil novecientos cuarenta y cinco [artículo seis, numeral e) del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg] se tiene una definición de los elementos del tipo legal de lesa humanidad en el Derecho Internacional Penal, que ha adquirido una mayor concreción, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (suscrito el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho en Roma y vigente desde el primero de junio del dos mil dos) —en adelante, ECPI—, lo cual no quiere decir, desde luego, que desde su vigencia pueden ser invocados por los Estados, pues el Estatuto de Roma regula el ámbito de competencia material y temporal de la Corte Penal Internacional (artículos cinco y once del ECPI); no crea e incorpora

al ordenamiento internacional tal tipo legal, pues el delito de lesa humanidad, desde mil novecientos cuarenta y cinco, forma parte de la costumbre jurídica internacional, fuente del Derecho Internacional. La omisión del Estado peruano en este ámbito es patente.

Los elementos del tipo legal internacional de lesa humanidad son:

1. El comportamiento típico, en el que destacan los denominados "elementos de contexto" requieren de la existencia de un ataque y que este sea generalizado o sistemático. En primer lugar, debe configurarse una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de asesinato, exterminio, esclavitud, entre otras formas delictivas. En segundo lugar, el ataque debe realizarse a gran escala —es una acción. masiva o frecuente— contra un número importante de personas atacadas o a múltiples víctimas. En tercer lugar, los actos de violencia deben tener una naturaleza organizada —política común o plan preconcebido, que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados—, al punto que es improbable su ocurrencia esporádica.

2. Sujeto pasivo. El ataque está dirigido contra la población civil. esta puede ser definida como el conjunto de individuos que ocupan un espacio geográfico determinado, ajenas completamente a las hostilidades. Pero no solo comprende a los no combatientes, sino a los que no forman parte de las hostilidades por haber depuesto las armas, por encontrarse enfermos o detenidos. Los integrantes de las fuerzas armadas o paramilitares serán calificados como población civil siempre que no ejecuten ataques contra los bienes jurídicos penales y que no estén inmersos en las hostilidades.

3. Sujeto activo. El funcionario estatal que cumpla o promueva una política de Estado de violación de derechos humanos o el miembro de una organización destinada a violar derechos humanos. Sus actos han de ser parte del ataque. Su finalidad es excluir los actos aislados; es decir, cuando tengan que ver tan poco Con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido.

4. Conocimiento del ataque. El autor debe saber que existe un ataque contra la población civil -no es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque y sus motivos no son relevantes ni que comparta la finalidad del ataque, pues puede hacerlo por razones

meramente personales-, y que su acto individual forma parte de aquél. Debe conocer el contexto del ataque, que ha de ser generalizado o sistemático contra una población civil.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, en el presente caso, la operación militar de rescate, más allá de la calificación que merezca el régimen del presidente Fujimori Fujimori —sobre la que incide la acusación y la parte civil—, no constituyó, para el Derecho Internacional Penal, un delito de lesa humanidad pues, fundamentalmente, carece de los *elementos configuradores generales,* también denominados *elementos de contexto,* para ser calificado como tal. No se trató de un ataque sistemático y generalizado, sino una operación de rescate focalizada que cumplió su finalidad: rescatar rehenes sometidos a esa condición por integrantes del MRTA. Los resultados de la acción de rescate no importaron un ataque generalizado, de grandes proporciones —que puedan enlazarse con otros hechos atribuidos a los órganos de poder en ese periodo—, ni se llevó a cabo mediante un plan común para matar, de modo sistemático, a los emerretistas, quienes por lo demás no pueden calificarse de población civil: no se rindieron ni depusieron las armas —es de insistir que un caso singular es el de Cruz Sánchez (a) "Tito"—. Los planes de operaciones, los entrenamientos realizados, las labores preparatorias, el hecho de que varios comandos resultaron heridos —al punto que uno de ellos sufrió la amputación de una pierna— y dos fallecieron en acto de combate, da cuenta de que se trató de un enfrentamiento, luego de agotarse todas las posibilidades de diálogo pacífico, pese a que se acudió a la comprensión de otros países. Además, había directivas acerca de cómo tratar a los terroristas capturados y heridos.

Más allá de esta conclusión es pertinente reafirmar, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la *Sentencia Almonacid Arellano versus Chile,* del veintiséis de septiembre de dos mil seis, y *Barrios Altos versus Perú,* del catorce de marzo de dos mil uno, que estos delitos proscriben las disposiciones de amnistía, las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de las violaciones graves de los derechos humanos.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que como el Perú no tiene tipificado expresamente el tipo legal de delito de lesa humanidad, ha de acudirse a lo que se denomina "doble subsunción". Esta figura se da cuando la conducta se adecúa a un delito nacional y, paralelamente, a las normas internacionales, a fin de calificarla como crimen de lesa humanidad, de suerte que se da pleno efecto al régimen jurídico especifico de los crímenes internacionales. La falta de

tipificación nacional, por tanto, no elimina el carácter de crimen internacional de la conducta en cuestión, al punto de reconocerse en sede interna, por mandato internacional, la no aplicabilidad de normas sobre prescripción, amnistía o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

Por otro lado, aun cuando una violación de derechos humanos no pueda subsumirse en un delito de lesa humanidad, por no estar presentes los *dementas configuradores generales,* existen hechos graves que el Derecho Internacional ordena su tipificación penal y sanción en el orden interno, como es el caso de las torturas, la desaparición forzada y las ejecuciones sumarias o arbitrarias, o cuando se trata de hechos calificados como violación de derechos humanos por una Corte Internacional y que según la legislación interna tienen carácter delictivo —en tanto se han perpetrado en el ejercicio abusivo del poder del Estado—. En estos supuestos se les reconoce una limitación de derecho internacional: la prescripción no procede a partir de conductas negligentes o de mala fe por parte de las autoridades a cargo del proceso [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Casos *Loayza Tanlayo e ivaher Bronstein,* ambos *versus Pera,* del primero de julio de dos mil once y veintisiete de agosto de dos mil diez, respectivamente].

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que la parte civil sostiene que no se ha valorado el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y, por el contrario, se le ha dado valor al libro Base Tokio pese a que no fue propuesto por ninguna de las partes.

El motivo ha de claudicar.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que el informe de la CVR si bien no se leyó, por oposición de cuatro de los imputados, la Sala lo consideró corno "documento referencial". El citado informe consta en autos y ha podido ser revisado y examinado por las partes, a la vez que se ha utilizado en sus alegatos. Es, en pureza, una prueba documental y aun cuando no se leyó estuvo a la vista de las partes, de modo que su análisis no =vulnera el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal.

El Informe de la CVR, de un lado, a partir de la información global y el análisis pormenorizado que hace de una situación general, tiene un claro valor y utilidad para apreciar el contexto de hechos específicos —incluso ha sido citado en esta Ejecutoria Suprema—. Por otro lado, cuando dicho Informe incorpora detalles sobre hechos individuales, penalmente relevantes, puede asumirse por la justicia penal como meros aportes fácticos, pero de ninguna manera como prueba plena que impida ulteriores esclarecimientos y que exija una valoración

autosuficiente para decidir la inocencia o culpabilidad de una persona, pues de ser así el proceso jurisdiccional no tendría razón de ser.

Sobre el presente caso, el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve y setecientos treinta y seis) aporta referencias de lo sucedido en la residencia del embajador del Japón, pero sus fuentes son el Atestado Policial y la declaración de Hidetaka Ogura, además de informaciones periodísticas y parte de la instrucción de la presente causa —diferentes piezas procesales--. Como se entenderá, a partir del conjunto, completo, del proceso, el Tribunal Superior y, ahora, este Tribunal Supremo cuentan con mucha más información de la que en su día revisó la CVR; y la información que procesalmente es prueba es la que consta en esta causa, y en virtud del principio de exhaustividad e integridad a ella es de remitirse para absolver el grado —rigen además los principios de inmediación y contradicción—.. En parte, el Informe de la CYR ha servido para explicar el contexto situacional de la toma de rehenes, pero no es útil o autosuficiente para definir en cada supuesto concreto la responsabilidad penal de los acusados. No puede decirnos —ni siquiera lo dice enfáticamente-- si uno o algunos imputados son responsables, o si un testimonio o documento es asumible enteramente para dictar un fallo en un determinado sentido.

El Libro Base Tokio ha sido Materia de debate plenarial. La defensa del acusado Montesinos TOMS —sesiones décimo séptima y décimo octava— hizo reconocer y explicar varias fotografías que contenía. No hubo oposición de parte. De tal suerte que su valoración no es ilegal ni viola algún principio de la prueba y de su valoración.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que el rol jugado por Montesinos Torres —según las partes acusadoras:- excedía el campo de inteligencia tradicional y eta quien dirigía el operativo e, incluso, ingresó a la residencia del 'embajador del Japón el día de los hechos. En puridad, esta denuncia apunta a sostener que el, por el Mando que ostentaba, dispuso la ejecución arbitraria de los agraviados.

La inviabilidad del motivo es patente,

QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Que es verdad que Montesinos expresó ante un visitante en el SIN que, cuando ocurrieron los hechos, se encontraba en la embajada, en la parte de atrás, en el puesto de comando de inteligencia —este se encontraba ubicado, según Zamudio Aliaga, en la Casa número Uno— (página dos mil seiscientos ocho del libro "En la Sala de la Corrupción", fojas dieciocho mil ochocientos veintiséis) —pero en su declaración sumarial anotó que se hallaba en las instalaciones del SIN [fojas seis mil doscientos veintiocho] —, El teniente coronel EP Zamudio Aliaga a fajas un mil trescientos dos mencionó que después

de la operación vio a Montesinos Torres en el frontis de la embajada, mientras que el coronel EP Jaime Patiño precisó que al final del operativo lo saludó en el COT (se encontraba ubicado en el Cuartel General de la Marina en la Avenida Salaverry).

El SIN, como ha quedado expuesto, tenía a su cargo el control de las casas aledañas a la residencia, la intervención de comunicaciones y el apoyo al personal militar, incluso filmaba las escenas de combate. Además, cuatro de los efectivos del SIN ingresaron a la residencia detrás de los comandos para filmar y tomar fotografías; y, fuera del plan, el teniente coronel Zamudio Aliaga, como él mismo lo reconoce, ingresó —luego de finalizar el tiroteo y las bombas— para ayudar a los rehenes y heridos. No existe prueba testifical que revele que este último u otro efectivo del SIN —incluso Huamán Ascurraingresaron a la residencia efectuando disparos o enfrentándose a los emerretistas. No había comunicación radial entre los operativos y los de inteligencia [instructiva del teniente coronel PNP Konja Chacón de fojas seis mil quinientos catorce].

En sede preliminar el Técnico Tercera EP Pedro Jaime Tolentino García [fojas seiscientos diez y seiscientos treinta y cinco] sostiene que se encargaba de las filmaciones, antes y en el momento de la operación de rescate —incluso al día siguiente filmó el cadáver de "Tito"—, información que se la daba al teniente coronel EP Huamán Ascurra. Agrega que este último y el coronel EP Williams Zapata el día de la operación de rescate le informaban todos los detalles a Montesinos Torres, Sin embargo, en su declaración instructiva de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro precisa la información que proporcionó: Huamán Ascurra era el único que comunicaba de todo lo ocurrido a Montesinos Torres, y que sólo estaba a cargo de la operación de inteligencia.

El coronel EP Williams Zapata reitera que estuvo a cargo de la operación de rescate; que el SIN no tuvo injerencia en la parte operativa, su misión se relacionaba con la parte de inteligencia; que los agentes de inteligencia ingresaron a la residencia con pasamontañas negras, luego del operativo, para filmar y fotografiar (fajas seis mil ochocientos ochenta y tres); que Montesinos Torres no estaba en la cadena de mando de la operación de rescate; que no sabe si cuando se produjo la intervención Montesinos Torres se encontraba en el COT; que Huamán Ascurra estaba a cargo de la Inteligencia y no tuvo comunicación con él en el momento de la operación militar [declaración sumarial de fojas once mil quinientos sesenta y seis y declaración plenaria! de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho]. Solo el efectivo del SIN, Mayor EP Cortijo Arbulú, llega a decir que Montesinos Torres planificó la

operación, y que Huamán Ascurra ordenaba las acciones que debían realizar William Zapata y Cabrera Pinto [fajas un mil cincuenta y ocho y cincuenta y siete mil novecientos diecinueve], pero ni William Zapata ni Cabrera Pinto aceptan ese hecho [fojas quinientos setenta y seis].

El suboficial brigadier PNP Olivares Príncipe a fojas un mil ciento cuarenta, también expresó que Montesinos Torres dirigió el operativo, lo que fundamenta en la versión de Huamán Ascurra, pero este último, en su declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos setenta y cuatro, señaló que no es así.

El general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, precisó que Montesinos Torres no tenía ningún mando sobre las Fuerzas de Intervención, sobre la Patrulla Tenaz, solo tenía mando de su personal del SIN, los cuales no podían participar en la operación. Acota que Montesinos Torres llegó a la residencia del embajador del Japón luego de que esta se había tomado [declaración plenaria! de fojas veinte mil cuatrocientos ochenta y siete y veinte mil quinientos veintisiete].

SEXAGÉSIMO. Que lo glosado permite sostener que el ámbito operativo militar de la operación de rescate estaba a cargo de la Patrulla Tenaz y, con ella, de la Primera DIVFFEE y el Jefe del CCFFAA. El ámbito de inteligencia, por su propia naturaleza, tuvo su injerencia en el área de su competencia, sin que los roles de las fuerzas de intervención y d'e inteligencia se confundan. Luego, no podía existir —como no hubo—mandos paralelos. Es claro que Montesinos Torres tenía intervención por integrar el COT, pero en lo específicamente castrense carecía de mando.

La prueba actuada, por otro lado, no autoriza a sostener que Montesinos Torres y su equipo de inteligencia dirigieron, por lo menos, una línea de la operación de rescate, con su propia lógica de funcionamiento, y no solo para filmar y tomar fotografías, sino para enfrentarse a los emerretistas y, eventualmente, matarlos -técnicamente de imposible ejecución, que por lo demás hubiera sido causa eficiente del fracaso de la operación, lo que no sucedió—. Ni Montesinos Torres mandaba a la Patrulla Tenaz por encima del Jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE, ni podía interferir en' las decisiones propiamente Militares una vez aprobadas —el Plan de Operaciones es definitivo al respecto—.

Está comprobado, por lo demás, que no se ejecutó arbitrariamente a los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, quienes Murieron en acto de combate. También está probado que Montesinos Torres - transmitió la orden

al general PNP Gamero Febres, por disposición del Presidente de la República, para enterrar los cadáveres de los emerretistas [declaración de fojas 1236], pero tal referencia tenía su correlato en la disposición de la jurisdicción castrense, como puntualizó el Director General de la Policía Nacional Dianderas Otonne [instructiva de fojas un mil setenta y ocho].

§ 6. *De la muerte del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez*

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, en principio, el ámbito recursal no estriba en Controlar jurisdiccionalmente la decisión de la Sala Penal Superior acerca de la forma y circunstancias: de la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) "Tito". Tampoco se ha Cuestionado en *relación a' gravamen que ello significaba para el Estado como tercero civil*— la disposición del Tribunal de elevar a la Fiscalía Suprema en lo Penal para determinar a los responsables, como autores directos, de su muerte, respecto de quien se entendió que se produjo una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria, luego de haber sido arrestado, desarmado y merced de las Fuerzas del Orden.

La Fiscalía Superior entendió que en ese hecho no participaron comandos de la Patrulla Tenaz, aunque estimó que necesariamente existió una orden que pasó por una cadena de mando, pero cuya ejecución, sin embargo, no es responsable ningún comando. El Tribunal Superior, a su vez, concluyó que en la muerte del referido agraviado intervino personal del Servicio de Inteligencia Nacional (aunque el voto en minoría concibió que tal reducción del espectro de posibles autores materiales o directos a los efectivos del SIN no puede, desde ya, aceptarse con carácter definitivo).

En tal virtud, la Sala Penal Superior dispuso elevar copia de las actuaciones al Fiscal Supremo de lo Penal para que dicte las disposiciones correspondientes para investigar la autoría material.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que cabe aclarar, sin embargo, que como el Ministerio Público es un órgano autónomo de derecho Constitucional del Estado y con potestad investigativa plena —titular de la persecución penal pública—, de aceptarse el pedido del Tribunal Superior, desde luego, la investigación fiscal tendrá un ámbito que dicha institución delimitará conforme avanzan sus propias investigaciones. Por tanto, podrá comprender en sus averiguaciones a todas aquellas personas que estime, desde los actos de investigación que surjan, puedan estar implicadas, de uno u otro modo, en los hechos y según el título de imputación que corresponda.

La comunicación judicial es solo una exigencia de investigar. Su especificidad, respecto de determinadas personas por un título de imputación determinado, tiene un carácter necesario pero provisorio que se confirmará, descartará o ampliará según el resultado de las indagaciones preliminares. El único límite que tiene la Fiscalía, como es obvio, es el del *ne bis in ídem,* en cuanto a aquellos imputados respecto de quienes ya se resolvió su situación jurídica por la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) "Tito".

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que corresponde examinar, a mérito de los agravios tanto de la Fiscalía Superior —no aceptado, sin embargo, por el señor Fiscal Supremo en lo Penal conforme con su dictamen precedente— como de la parte civil, si en la ejecución extralegal, sumaria o arbitraria —así calificada por el Tribunal. Superior— medió la intervención a título de autoría mediata de los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

En esta presunta cadena de autores mediatos también está incluido el ausente Zamudio Aliaga, sobre el cual se reservó la causa en función a la prueba testifical que, de una u otra manera, lo involucra. Por ende, su situación jurídica necesariamente debe esclarecerse en un juicio oral. Este extremo de la decisión no ha sido impugnado, por lo que el conocimiento del Supremo Tribunal —para afirmar o descartar tal conclusión—no puede comprenderlo. Es de aplicación el principio *"tantum devolutum, quantum appellatum",* esto es, la *imposibilidad de que la Ejecutoria Suprema entre a conocer de extremos consentidos.*

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, siguiendo parcialmente el *factum* de la acusación, el Tribunal Superior estimó acreditados seis hechos sustanciales:

1. La detención de Cruz Sánchez se produjo cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de las habitaciones "H" e "I" se encontraban evacuados en la casa número Uno, pero a la espera de ser recogidos.

2. Uno de los rehenes, no identificado, comunicó por señas a los efectivos policiales, adscritos al SIN, que cuidaban la Casa número Uno, Suboficial de Tercera PNP Torres Arteaga y Suboficial de Primera PNP Robles Reynosa, de la presencia de un infiltrado emerretista (que sería "Tito").

3. Los efectivos policiales detuvieron a "Tito", pese a que intentó huir, lo redujeron, lo echaron al suelo y le amarraron las manos con una correa. Ambos policías, como corresponde, estaban vestidos con uniforme policial y, como es obvio, eran ajenos a la Patrulla Tenaz.

4. Los policías llamaron vía radio a su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga —era imposible comunicarse con superiores de la Patrulla Tenaz porque la frecuencia de radio no coincidía—, y le comunicaron la detención, el mismo que les dijo que esperaran, que vendrían por él.
5. Al poco rato, un efectivo vestido de comando lo recogió y se lo llevó con dirección a la residencia del embajador del Japón.
6. El agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito" fue hallado muerto en el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en el lado derecho de la cabeza, parte superior de lá oreja; además tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar, según fluye del acta de levantamiento de cadáver realizada por el Juez Militar.

SEXAGÉSIMO QUINTO. *Que* la realidad de la captura de "Tito" parte de tres testimonios. De los dos efectivos policiales, adscritos al SIN, suboficial Técnico PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga y suboficial de primera PNP Raúl Robles Reynoso, quienes se encontraban en su rol de vigilantes de la Casa número Uno, así corno del diplomático japonés Hidetaka Ogurá. Ambos agentes de inteligencia relatan que a la Casa número Uno llegaron entre diez y quince rehenes —japoneses y autoridades peruanas—, TOMS Arteaga sólo recuerda la presencia del juez supremo Serpa Segura y del técnico EP del SIN Manuel Tullume Gonzales —quien filmaba todo lo sucedido en la Casa número Uno y los jardines—. Uno de los rehenes, no se acuerdan cuál, les indicó con las manos de un infiltrado —era "Tito"— en su grupo, por lo que lo capturaron, apartaron del grupo de rehenes y lo colocaron en un costado del jardín de la casa. Robles Reynoso se comunicó por radio con su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien le dijo que iba a mandar a recogerlo. Al poco tiempo uno vestido de comando y a viva voz,' pese a la oposición de "Tito", lo condujo por el túnel en dirección a la residencia [manifestaciones de fojas un mil ciento cuarenta y cinco y un mil ciento cincuenta Sr dos, y declaraciones plenariales de fojas veintiún mil doscientos treinta y ocho vuelta y veintiún mil doscientos tino].

Esa versión, por lo demás, sólo ha sido confirmada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, quien dice que vio a "Tito" vivo, pero también agrega que esa escena fue observada por el vice ministro de la presidencia Tsuboyarna Matsuda y el coronel FAP Garrido Garrido [declaración plenarial vía teleconferencia de fajas veintidós mil novecientos noventa y cinco vuelta].

Cabe acotar, no obstante, que los cuatro testigos mencionados por los policías e Hidetaka Ogura no corroboran esas citas [declaración de Serpa Segura de fojas ciento cincuenta y cinco, un mil doscientos ochenta y nueve, cinco mil cuarenta y diez mil seiscientos cuarenta y ocho; de Tullume Gonzales de fojas novecientos diez; de Tsuboyama. Matsuda de fojas ciento cuarenta y uno y cinco mil doscientos treinta y siete —quien llega a decir, al igual que Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, que no podía hablarse nada delante de él por sus vinculaciones con los emerretistas—; y del coronel FAP Garrido Garrido de fojas ciento treinta y siete y un mil doscientos noventa y cinco].

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, conforme consta del acta de identificación y levantamiento de cadáver que elaboró por el Juez Militar, el cadáver de "Tito" se encontró en el primer piso entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en la cabeza, lado derecho, parte superior de la oreja. Además, tenía en la mano derecha una granada, que no llegó a lanzar.

Los Informes Médicos Legales —específicamente el protocolo de necropsia número cero ochocientos setenta y ocho guion cero uno— indicaron que el agraviado presentó una lesión perforarte por proyectil de arma de fuego, con entrada en la región posterior izquierda del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. Fue producto de un proyectil de arma de fuego disparado por un arma de alta velocidad. La víctima estaba en un plano inferior al victimario, quien se encontraba atrás y a la izquierda de ella. Las lesiones pueden corresponder a disparos de larga o corta distancia. La pericia balística forense número un mil ciento dieciocho diagonal cero uno, de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, precisó que el proyectil era de calibre nueve milímetros. En el examen de los peritos balísticos en el plenario aclararon que el disparo se produjo desde una distancia, con un rango que va desde centímetros hasta los seis metros [fojas veintidós mil ochocientos treinta y ocho].

Cabe añadir que el médico forense español Juan Manuel Cartagena señaló que el disparo, ante el hecho de que no se mencionó que el polo verde que vestía el agraviado tenía adherido plomo, antimonio y bario, fue efectuado a larga distancia. No hay vestigio que acredite que el disparo se produjo a cañón tocante o bocajarro, no quemarropa, no corta distancia, pues no consta el circulo de Benassi en los huesos del cráneo y, en todo caso, hubiese dado positivo al estudio químico a componentes de la pólvora. La muerte se produjo en forma fulminante, no ha podido llegar a una situación de shock [fojas veintitrés mil seiscientos treinta dos]. El profesor Pounder, por su parte, anotó que "Tito" fue disparado probablemente encontrándose de pie, aunque posiblemente estaba

agazapado (flexionado hacia adelante), inmóvil o moviéndose lentamente. No estuvo atado y llevaba una granada defensiva en su mano. Si bien es probable que haya sido disparado a una distancia relativamente corta no fue a cañón tocante ni a corta distancia (inferior a un metro) [fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y tres].

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que en atención *(i)* a la declaración de los efectivos del SIN y a lo mencionado por Hidetaka Ogura —que en este extremo de su declaración el Tribunal Superior le otorga credibilidad—, sin perjuicio de que existen testimonios en otro sentido, y *(u)* al resultado médico y balístico forense —del instituto de Medicina Legal y de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional—, más allá de las acotaciones de los informes médico forenses de Pounder y Cartagena, la Sala Sentenciadora estimó que tales indicios son graves, concordantes y pertinentes [univocidad de los indicios], así como que, ante la ausencia de contraindicios sólidos, no existe otra explicación razonable que concluir que el agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito" fue ejecutado extrajudicialmente. Entienden los jueces superiores que si es capturado vivo, es conducido a la residencia y, luego, se le encuentra muerto con una bala en la cabeza, bajo un patrón lesional distinto a los trece emerretistas muertos, la inferencia razonable es que fue ejecutado extrajudicialmente.

El aludido agraviado —cabe insistir— ya había sido capturado y fue llevado al interior de la residencia, donde fue encontrado muerto, incluso —como ha quedado expuesto—con un patrón lesional distinto a los demás emerretistas muertos. Esta conclusión se asumió, más allá de que el mayor EP Donosso Volpe, jefe del Equipo Delta cinco, expresó que de acuerdo al enfrentamiento armado es posible que el terrorista reciba un solo impacto por proyectil por arma de fuego [declaración de fojas quinientos cuarenta y cinco], y pese a que llama la atención la granada que tenía en la mano —salvo que terceras personas se la hubieran colocado una vez que cayó y falleció inmediatamente. La posesión de una granada, en esas condiciones, no es imposible a tenor del informe del forense José Manuel Cartagena.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, en suma, son estos hechos y la evaluación realizada en la sentencia de instancia que demandan razonablemente el esclarecimiento fiscal requerido por la Sala Penal Superior y que este Supremo Tribunal, en los fundamentos expuestos, principalmente, en los fundamentos jurídicos sexagésimo segundo y sexagésimo tercero -sin dejar de tomar en consideración el fundamento precedente—, estima pertinente para la realización plena del derecho a la verdad, de la meta del esclarecimiento

propia del proceso jurisdiccional penal. Existen todavía algunos pasajes de los hechos, vinculados al agraviado Cruz Sánchez, que deben y pueden esclarecerse en una línea investigativa más intensa.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, ahora bien, respecto de la muerte de Cruz Sánchez, sólo queda definir si la ejecución extrajudicial del aludido agraviado —en función al hecho declarado probado en la sentencia de instancia— fue ordenada por los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

Ya se ha descartado la existencia de una supuesta línea de mando paralela. Los policías Torres Arteaga y Robles Reynoso sólo mencionan a Zamudio Aliaga, aunque este último lo niegue.

Es cierto que el teniente coronel EP Zamudio Aliaga era miembro del SIN y en su línea de mandó se encontraba el teniente coronel EP Huamán Ascurra y el asesor presidencial Montesinos Torres, y el COT lo integraba este último, así corno el general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, entre otros. Tal hecho, empero, tiene el carácter de un indicio lejano —su grado de probabilidad en relación al hecho indicado no posee un alto grado de probabilidad— y, por cierto, de carácter contingente —no necesario—. La operación militar duró muy poco tiempo, fue precisa y efectiva, y se contó, conforme se ha dejado sentado, con unas directivas en caso de heridos y capturados del MRTA.

SEPTUAGÉSIMO. Que, en consecuencia, sólo puede afirmarse que esa ejecución extrajudicial —así considerada por la Sala Sentenciadora, lo que no ha sido materia de impugnación— fue un crimen aislado, que no formó parte de la operación y de los planes elaborados en las instancias superiores. Nada indica, menos está probado, que alguno de los altos mandos o Huamán Ascurra, sólo o por disposición de Montesinos Torres —y éste *matas proprio* o por indicación de otra alta autoridad del Estado— dio la orden de matarlo. El hecho de que en la residencia solo tenían acceso efectivos militares y policiales e integrantes del SIN, no necesariamente permite inferir, sin otra posibilidad razonable y ante la ausencia de corroboraciones periféricas, que alguno de ellos mató intencional y alevosamente al agraviado y solo por orden de los imputados. La prueba de cargo es, pues, insuficiente y 110 concluyente. La regla de prueba, que clausura la garantía de presunción de inocencia y que exige prueba de cargo bastante actuada con todas las garantías, no ha podido cumplirse. En consecuencia, al no haberse enervado la presunción constitucional de inocencia, corresponde dictar sentencia absolutoria, como lo ha hecho el Tribunal Superior.

La absolución es fundada. No cabe anularla ni revocarla, sólo ratificarla.

§ 7. *De los otros agravios.*

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que por la Fiscalía y la parte civil se ha planteado la necesidad de aplicar la autoría mediata por dominio de aparato de poder organizado, y por la parte civil la existencia de documentación que acredita que la orden a los comandos era de no tornar prisioneros.

Ambos motivos no pueden aceptarse.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que el artículo 23°del Código Penal reconoce la autoría mediata, y tanto la doctrina penalista corno la jurisprudencia mayoritaria de este Supremo Tribunal, en varias Ejecutorias, admitió como una de sus expresiones o modalidades, la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Incluso hoy en día ya lo tiene reconocido expresamente el artículo 28° del ECPI.

En el presente caso no corresponde aplicar este título de imputación por razones de derecho procesal, probatorio concretamente. No se ha probado, en los casos de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, que fueron víctimas de ejecución extrajudicial —según el Derecho Internacional— o de homicidio calificado —según nuestro Derecho nacional—. En el caso de Cruz Sánchez tampoco se ha probado que la orden de ejecutarlo o matarlo fue dispuesta por las más altas instancias públicas vinculadas a la operación de rescate Chavín de Huántar.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, finalmente, no existe documentación alguna, como alega la parte civil, que revele que los comandos o los integrantes del SIN tenían la orden de ejecutar a los emerretistas heridos o rendidos. La prueba documental ya glosada fija el ámbito de acción de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, mientras la prueba testifical acopiada establece que incluso existía un protocolo de conducta en caso un emerretista se rinda o resulte herido.

Las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo perseguían, precisamente, evitar matar a los rehenes y ocasionar el menor daño colateral. Trece emerretistas murieron en combate corno indica la prueba pericial forense, entre ellos los que son materia de este proceso: Meléndez Cueva y Peceros Pedraza —sin contar con los comandos muertos y heridos en acción, que denota un combate efectivo con los emerretistas—. Solo uno: Cruz Sánchez, murió en condiciones distintas a los demás emerretistas; pero, precisamente, ese solo secuestrador muerto —víctima de ejecución extrajudicial según la sentencia de instancia, no impugnada en ese extremo— no permite deducir con certeza

que es la prueba evidente o el elemento indicador revelador de que el plan de operaciones de rescate tenía un sesgo criminal. No existe el menor punto de apoyo sólido para tan aventurada incriminación.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, en atención a lo expuesto, atento a la prueba positiva de descargo en un primer plano —de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza y a la falta de prueba bastante para justificar la acusación en el segundo plano: ejecución por orden superior siguiendo una cadena de mando en los marcos de una estructura de poder estatal —del agraviado Cruz Sánchez—, corresponde concluir que los recursos acusatorios objeto de análisis deben desestimarse y así se declara.

225

§225. Límites a la actuación de la prueba en los juicios a reos ausentes

Recurso de Nulidad	1768-2006-LORETO
Fecha	12 de julio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Penal	Vigencia de la Ley Nº 29499 en los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del C.P.; Ley Nº 29499.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º

RESUMEN:

La condición de reo ausente ***no puede limitar el derecho a la prueba pertinente****, ya que éste es un elemento esencial del derecho de defensa, el mismo que sólo es limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad.*

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que si bien es cierto el imputado tenía ***la condición de reo ausente***, ello ***en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente***, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, sólo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de

conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal.

Que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración."

226

§226. Prueba indiciaria y presunción de inocencia

Recurso de Nulidad	1912-2005-PIURA
Fecha	06 de setiembre del 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones Estudiadas	Doctrina del Tribunal Supremo Español

RESUMEN:

La prueba indiciaria se caracteriza porque ***su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico*** *existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.*

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la ***prueba por indicios*** no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno].

Que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo ***característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito,***

tal y como está regulado en la ley penal, ***sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento*** basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Que, respecto al ***indicio***: ***a)*** Éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; ***b)*** Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; ***c)*** También concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son; ***d)*** Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí.

Que es de acotar que no todos los ***indicios*** tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en ***débiles y fuertes***, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe".

Que, en lo atinente a la ***inducción o inferencia***, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo."

227

§227. Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso, y la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista

Recurso de Nulidad	3044-2004-LIMA
Fecha	01 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrientos Peña, Molina Ordóñez, Palacios Villar y Lecaros Cornejo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 36° y 38° del CP.; 248° y 253° del ACPP.; 5° de la Ley 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	5° y 7°

RESUMEN:

Cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente durante la etapa de instrucción o durante el juicio oral, y siempre que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles, ***el Tribunal no se encuentra obligado a creer aquello que fue dicho por el imputado o por los testigos en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a lo declarado en la etapa de instrucción*** *que lo dicho después en el juicio oral.*

Con respecto a la pena de inhabilitación, debe decirse que se trata de una pena principal que, sin embargo, fija su período de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treintiocho del Código Penal. Además, el Juez debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación.

FUNDAMENTOS:

"***QUINTO:*** Que, por lo demás, es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente

en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles -situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor- , el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad a lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad -cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción.

Que, por otro lado, es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el Juez Penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo doscientos cuarentiocho del Código de Procedimientos Penales, tal regla sólo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo, no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos cincuentitres del Código de Procedimientos Penales.

(...)

SÉPTIMO: Que el tipo penal aplicable, como se ha señalado en la sentencia recurrida, es el estipulado en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenticinco; que en dicha sentencia se ha impuesto la pena de inhabilitación "absoluta durante el tiempo de la condena"; que, sin embargo, el citado numeral, primero, consagra un régimen propio de la indicada pena de inhabilitación, pues se trata de una pena principal pero fija su período de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treintiocho del Código Penal, el mismo que debe regir luego de la pena privativa de libertad -única forma de entender la expresión cuando la norma específica señala luego de mencionar la pena privativa de libertad, "... e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia"-; y, segundo, el Juez con arreglo al artículo treintiseis del Código Penal debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación, lo que se ha omitido en el presente caso; que, siendo así, corresponde integrar el fallo de instancia en aplicación a lo dispuesto por el artículo doscientos noventiocho, penúltimo párrafo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, respecto a la determinación de los derechos

que son objeto de inhabilitación, no así en lo atinente a la duración de la pena de inhabilitación pues su corrección implicaría una reforma peyorativa en tanto que el recurso sólo proviene por parte de la imputada."

228

§228. El examen del ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales

Sentencia Plenaria Casatoria	1-2018/CIJ-433
Fecha	18 de diciembre de 2018
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO.
Ponentes	Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Quintanilla Chacón, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella, Bermejo Ríos.

RESUMEN:

Si se realiza una prueba de ADN que descarta que el imputado sea el padre del hijo de la menor agraviada: en este caso, dicha prueba de ADN solo constituye un contraindicio de la imputación, pero no excluye la posibilidad que el acusado haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima, pues es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor.

Si se realiza una prueba de ADN que afirma que el imputado es el padre del hijo de la agraviada mayor de edad: en este caso, ***dicha prueba de ADN no constituye indicio de cargo suficiente para condenar al acusado.*** *Constituye un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que indique que el acto sexual no fue consentido*

Además, el examen de ADN realizado sobre vestigios distintos al semen del imputado, constituye un indicio de presencia de este en la escena del crimen, el cual

corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial, junto con otros elementos periféricos externos.

FUNDAMENTOS:

1. El contenido esencial de la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash

7° La sentencia casatoria 292-2014/Ancash tuvo como finalidad desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia", vinculándola con el derecho a la prueba -prueba científica de ADN-. Al respecto se señala en dicha sentencia que este derecho garantiza la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias, y solicitadas en tiempo y forma. Luego desarrolla el contenido de la pertinencia de la prueba y su faz negativa, esto es que la misma no esté referida al objeto procesal concreto o que sea superabundante -excesiva para demostrar el extremo que se pretende-.

8° Concretamente, con relación a la llamada prueba científica de ADN se señala en la sentencia referida, que "los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba". Resalta que su importancia radica en su potencial aplicabilidad para resolver casos complejos que no podrían esclarecerse por los procedimientos de investigación convencionales. Refiere que los casos más recurrentes de aplicación de este medio de prueba se dan en la investigación de la paternidad, la identificación de una persona y la investigación de indicios en criminalística biológica. En la sentencia se plantea, a continuación, como objeto de discusión, la valoración que debe hacer el juez de este medio de prueba y el peso que cabe atribuirle en la formación de su convicción, sea como medio probatorio: a) que guarda relación directa con el hecho principal a probar, o b) que sea un indicio más para probar tal hecho principal.

9° Ahora bien, la sentencia mencionada plantea como un ejemplo del primer supuesto, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual, el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es o no del acusado. Y refiere que en

este supuesto "cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo en este mismo delito cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación". En la sentencia casatoria se presenta como ejemplo del segundo supuesto, "[...] cuando el proceso por delito de homicidio la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado [...]. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado".

10° Evaluando el caso concreto, que dio lugar a la sentencia casatoria glosada, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los siguientes puntos:

A. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde relación con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia, pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la prueba.

B. La aplicación forense de la prueba de ADN se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y en la investigación de indicios en criminalística biológica.

C. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

11° En consecuencia, es menester evaluar, en función del nuevo contexto normativo, los siguientes aspectos: a) El concepto; la conducencia, importancia, las características y límites de la llamada prueba científica de ADN en el proceso penal; b) Los casos en los que la prueba de ADN es útil y pertinente con relación al objeto del proceso y las condiciones para su valoración efectiva; y, c) Los límites y posibilidades de aplicación en los delitos contra la libertad sexual.

2. El nuevo contexto normativo en materia probatoria

12° Entre las innovaciones que se introducen en el Código Procesal Penal se encuentra la consagración del principio de legitimidad de la prueba o prueba lícita (artículo VIII del Título Preliminar) y la previsión de una Sección consagrada a la prueba en general. Esta Sección contiene, a su vez, normas generales; los medios de prueba en específico; la búsqueda de pruebas y restricción de derechos; la prueba anticipada y las medidas de protección de los órganos de prueba -sin perjuicio de lo que, en lo específico, se tiene respecto de la actuación probatoria en el juicio oral-. La densidad normativa que puede observarse en la regulación detallada en materia probatoria, implica entonces que deba hacerse un reexamen de las cuestiones planteadas en el parágrafo precedente. Para ello, es pertinente precisar algunos conceptos relacionados con los temas planteados.

13° En principio, es conteste la postura doctrinal que sostiene que "en el proceso penal [...] todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba". Así se establece en el artículo 157° CPP, en cuya virtud que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros medios de prueba, siempre que no se vulneren los derechos y garantías de la persona. De este modo se reconoce que la libertad de prueba es una institución necesaria y valiosa por el imperativo procesal de alcanzar la verdad respecto del objeto del proceso (*veritas delicti*). Pero como toda libertad, la prueba no puede obtenerse de cualquier modo ni a costa de la vulneración desproporcionada de otros derechos. Al respecto, solo se puede valorar el medio de prueba que haya sido obtenido o incorporado al proceso por un medio constitucionalmente legítimo. En este sentido, la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales carece de efecto legal. Dentro de estos límites, las partes pueden ofrecer, en tiempo y forma, los medios de prueba que consideren adecuados; proceder a su actuación con las garantías procesales correspondientes; y exigir que estos sean valorados debida y oportunamente por el juez de juzgamiento, dentro del contexto del ejercicio del derecho a la prueba.

14° Ahora bien, son objeto de prueba los hechos vinculados con la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad y la responsabilidad derivada del delito (artículo 156 CPP). A los efectos de lo que es materia de la presente sentencia cabe precisar que interesa como objeto de la actividad probatoria, los hechos constitutivos de la imputación, entendiendo por estos, el suceso fáctico y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, pero que tengan incidencia en el núcleo de la imputación. El alcance de lo que debe ser probado, con relación a la imputación, adquiere importancia cuando la forma de determinación del hecho indicado solo puede obtenerse mediante la prueba por indicios.

15° Si bien constituye una regla general que la prueba se obtiene mediante los actos de prueba, realizables en el juicio, con las garantías propias de un proceso justo y equitativo -contradicción, publicidad, inmediación, oralidad y concentración-, es admisible que la formación de la prueba se verifique antes del plenario sea porque existe la urgencia o el peligro de no contar con el órgano de prueba -testigo o perito- (prueba anticipada), sea porque el recojo de la evidencia de la fuente de prueba deba plasmarse en un acto irrepetible o irreproducible (prueba pre constituida). Estas dos modalidades, previas a la realización de los actos de prueba, se pueden justificar por la necesidad preponderante de obtener la verdad relacionada con el objeto del proceso.

16° En la búsqueda por esclarecer los hechos, puede a veces ser indispensable restringir derechos fundamentales. Esta restricción de derechos puede verificarse mediante diversas formas de injerencia en la libertad o en los derechos del imputado o de otra persona vinculada con el proceso. Una forma de intervención más o menos invasiva en la esfera de los derechos fundamentales de las personas es la intervención corporal -se define como un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementas orgánicos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la intervención en él del imputado. En este sentido, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, genético-moleculares u otras intervenciones corporales, aun sin el consentimiento del imputado, cuando se trate de delitos sancionados con una pena mayor a los cuatro años de privación de libertad. Estas

intervenciones son solicitadas por el Ministerio Público, y son objeto de control por parte del Juez -se obviará la autorización judicial cuando el sospechoso autoriza la intervención corporal -el consentimiento será asistido, es decir, con intervención y permiso de su abogado defensor-. Sin embargo, también es posible que el Ministerio Público o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, y sin orden judicial puedan disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no perjudiquen la salud del intervenido (artículo 211 CPP) -el artículo 211.5 CPP, comprende lo que se denomina "intervención banal o leve", en cuya virtud permite que la Fiscalía o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, y sin orden judicial, pueda disponer la realización de pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la salud del sospechoso (se incluye, como es obvio, el frotis bucal)-.

17° La intervención corporal no solo involucra a los imputados. Dentro de la exigencia de la necesidad de esclarecimiento de los hechos, es posible que otras personas no inculpadas puedan ser examinadas sin su consentimiento, solo en condición de testigos, siempre que se encuentre en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212 CPP). En estos casos, la realización de los exámenes está condicionada a que no exista peligro a su salud y sean necesarios para la averiguación de la verdad.

18° Así las cosas, queda claro que, en el nuevo contexto normativo, es posible construir un espacio de legitimidad de la llamada prueba de ADN en el proceso penal, considerando como criterios reguladores, por un lado, la libertad de prueba, el objeto de prueba y el derecho a la prueba y, por otro lado, las restricciones a la actividad probatoria impuestas por el procedimiento constitucionalmente legítimo y el principio de proporcionalidad. En otras palabras, la admisión, conservación, análisis y valoración del examen de ADN se justifica mediante una ponderación de los intereses en juego legalmente estatuidos. De una parte, el respeto a la dignidad de la persona, la libertad personal, el derecho a la intimidad y a no sufrir injerencias arbitrarias o invasivas en el cuerpo y, de otra parte, el imperativo de esclarecer los hechos relacionados con conflictos o incertidumbres jurídicas relevantes.

19° La solución a esta aparente antinomia debe hacerse mediante un test de ponderación, y siempre que la intervención corporal, para el examen de ADN, cumpla con las siguientes condiciones:

a) Legalidad. La realización del examen de ADN supone la extracción de una muestra biológica -pelo, saliva, sangre, piel, semen- e incluso puede implicar una injerencia en la intimidad de la persona intervenida -recogida de muestra de las partes íntimas-. Por tanto, estando en juego la libertad personal, su restricción debe ser autorizada por ley. Esta exigencia es sobradamente cumplida con las normas relacionadas con la búsqueda de la prueba;

b) Proporcionalidad. La intervención corporal para estos efectos debe justificarse en función del interés relevante por esclarecer un hecho grave. La necesidad de realizar la intervención corporal, sin el consentimiento del afectado, debe estar debidamente motivada (artículo 203 CPP);

c) Control Judicial. Toda restricción a: un derecho fundamental -y la intervención corporal lo es debe ser controlada jurisdiccionalmente en los casos legalmente establecidos (autorización previa, cuando corresponda, y cuidado en la cadena de custodia, y cientificidad de su -análisis y resultado). Este control es, por regla general, previo a su realización, y se hace a pedido del fiscal en caso de delitos que estén conminados con pena privativa de libertad mayor a cuatro años -es claro, por lo demás, que la Policía o la Fiscalía pueden recoger, sin necesidad de autorización judicial, restos genéticos o muestra biológicas abandonadas por el sospechoso en el teatro de los hechos. Se efectiviza aun sin el consentimiento del intervenido. Excepcionalmente, el fiscal puede ordenar el examen, en caso de urgencia o peligro en la demora, con cargo a su confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento de aquél, no requerirá autorización judicial para la realización de mínimas intervenciones, como pequeñas extracciones de sangre o cabello, pero siempre que la extracción de la muestra sea realizada por un especialista y este no la considere riesgosa a la salud del intervenido; y,

d) Competencia especializada. Siendo la intervención corporal para fines de la búsqueda de prueba que requiere experticia, las diversas etapas de la misma -toma de muestra, conservación, análisis, contrastación, elaboración y explicación de los resultados solo puede realizarlo personal especializado y en condiciones técnicas y científicas óptimas.

20° Ahora bien, conforme al nuevo marco normativo, la intervención corporal para fines de biología forense es de amplia aplicación. Esta amplitud se evidencia en los siguientes aspectos:

a) Se extiende a cualquier delito que tenga una pena conminada mayor a cuatro años de privación de libertad -homicidios, lesiones graves a menores de edad o parientes, secuestro, trata, delitos contra la libertad sexual, robo, delitos contra la humanidad-;

b) La toma de muestra o las extracciones pueden ser mínimas o pueden suponer un cierto peligro en la salud del intervenido;

c) No se requiere el consentimiento del intervenido;

d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenido, por lo que el examen debe hacerlo un médico u otro profesional especializado y con la presencia de otra mujer o un familiar; y,

e) La intervención corporal no solo se puede realizar sobre el imputado, sino también sobre otras personas no inculpadas, incluso sin su consentimiento. En este último caso, el examen se justifica por la necesidad del esclarecimiento de los hechos y se encuentra una determinada huella o secuela del delito. Dentro de este marco de referencia procederemos a examinar las cuestiones relacionadas con el examen de ADN.

3. El examen de ADN como medio de prueba científico

21° La llamada prueba de ADN es de reciente data en la investigación forense. Su aplicación en el ámbito de la investigación forense se remonta a 1983 en el Reino Unido. El examen de ADN es uno de los medios de prueba más prestigiados en el ámbito de la criminalística. Como consecuencia de los avances de la genética molecular y en

particular en el estudio del genoma humano, se la considera como un medio de prueba altamente objetivo. Su objetividad se sustenta en la alta probabilidad de encontrar una huella genética o perfil genético que permita identificar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos (alelos). La identificación por restos de ADN consiste en la comparación entre una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa-, de suerte que si ambos coinciden en sus resultado, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado o juzgado (Sentencia del Tribunal Supremo de España 607/2012, de nueve de julio).

22° Por sus características fundamentales, el examen de ADN es considerado como una "prueba científica". Conforme a un ampliamente aceptado concepto, la "prueba científica" es una operación probatoria, en cuya admisión, actuación y valoración se usan instrumentos del conocimiento provenientes de la ciencia y la técnica: esto es, los principios y métodos científicos, medios tecnológicos, aparatos técnicos, para cuyo uso se requiere de expertos competentes. Su cientificidad parte del hecho que está sustentado en los avances de la biología y, en particular, de la genética molecular. Los conocimientos científicos desarrollados en este ámbito permiten establecer perfiles genéticos con ratio de probabilidad (*Likely ratio*) que supera fácilmente los estándares probatorios. La estimación de la probabilidad de identificación de un individuo a partir de sus rasgos genotípicos, se hace en función de un examen objetivo que descarta cualquier especulación o evaluación subjetiva y que se cuantifica en porcentaje (fiabilidad).

23° Sin embargo, el hecho que este examen se haga de acuerdo a métodos 1 científicos y sustentado en un cálculo probabilístico ha generado malos entendidos o sobre estimaciones. A este factor se agrega el hecho de que el examen de ADN I se realiza por un especialista o perito, para su valoración por parte de las partes procesales y en especial del juez. Esta dicotomía puede hacer suponer que los conocimientos desplegados por aquél sean inaprehensibles o inalcanzables. Los malos entendidos con relación al peso, la interpretación de sus resultados o el rol de los sujetos procesales, se expresan de la siguiente

manera: a) Se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; b) Los jueces pueden considerar que lo relevante en este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad, quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra -cabe señalar que el sistema más utilizado en la actualidad es el denominado *Short tamdem repead*: STR, que se basa en la búsqueda de información en específicas regiones, llamadas Loci -que son fragmentos de ADN variable» siendo los alelos las diferentes variables posibles-, en cuya virtud se realiza el estudio simultáneo de diez a quince de las regiones microsatélites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos; c) Los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando en realidad ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo; d) Los jueces pueden no interesarse, para dar fiabilidad al análisis genético, en la cantidad de marcadores analizados, cuando en realidad es relevante la relación directamente proporcional entre marcadores genéticos e identificación del individuo, por el cruce de variables (polimorfismo); e) La denominación que recibe frecuentemente este examen, identificándolo como "una prueba" genera el error semántico de equipararlo a su significación procesal, cuando en realidad es un medio de prueba (pericial) que podría dar cuenta solo de un indicio; f) El hecho que se diga que las leyes naturales – y el examen de ADN se sustenta en afirmaciones científicas categóricas- no son objeto de prueba, no significa que sus resultados sean asumidos acríticamente; y, g) Los jueces pueden confundir la alta fiabilidad del resultado del examen, con plenitud probatoria. Por tanto, a fin de superar estos malos entendidos o sobrevaloración del examen de ADN pasamos a desarrollar sus alcances, limitaciones, posibilidades de falseabilidad, vinculación con el hecho indicado o principal, y su debida valoración por el juez, en particular en el ámbito de los delitos sexuales.

24° Estas distorsiones deben ser corregidas en función de una actitud que se asume en el ámbito científico. A lo largo de la historia de la ciencia ha quedado evidenciada que no hay verdades absolutas, sino una

progresión de avances en espiral. La actitud del científico y ciertamente la de un juez, que se mueven en el mundo de la incertidumbre, debe aproximarse a la duda cartesiana, pues es la única forma de propender a la evolución del conocimiento y, en nuestro ámbito de la verdad procesal.

4. Importancia, contenido, alcances y limitaciones del examen de ADN

25° El examen de ADN ha adquirido peso en las últimas décadas por su gran capacidad diferenciadora o discriminadora. Es el 1 por ciento del ADN de una persona, el que marca la diferencia entre un individuo y otro, salvo en el caso de los gemelos. En otras palabras, el ADN que interesa a efectos forenses es el que se centra "[...] *en el análisis del ADN más variable entre individuos (el más polimórfico) pero ni siquiera analizamos todo el ADN variable sino solo una pequeñísima parte*". El examen consiste en la recopilación de un determinado grupo de identificadores o rasgos que se ubican en puntos específicos (marcadores genéticos) dentro de la cadena de ADN. Con la información que el especialista obtenga en una relevante cantidad de marcadores -entre 13 a 15, o, en todo caso, 10- puede obtener el perfil genético de un individuo. Este perfil genético obtenido en la escena del delito debe ser contrastado con el perfil de un sospechoso. La condición de sospechoso puede derivarse de alguna vinculación probable con el caso concreto, o de un registro o base de datos establecido por parte del Estado. En nuestro país mediante el Decreto Legislativo N° 1398, se ha creado el Banco de Datos Genéticos para contribuir a la identificación de las personas desaparecidas en el período de violencia 1980-2000, en el marco de la Ley N° 30470, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000. Pero la data también puede ser construida sobre la base del registro personas condenadas -reincidentes o no- por delitos dolosos (graves y/o violentos), o por delitos similares al investigado. Si la evidencia ADN encontrada en la escena del delito coincide con el perfil genético del sospechoso demuestra su presencia en el lugar de comisión del delito. Este ciertamente es un primer paso en la determinación del hecho indicado.

26° En general, el examen de ADN se divide en las siguientes etapas: a) *La recopilación y conservación de la muestra.* Para efectos del análisis de

ADN el experto debe ubicar y recoger vestigios en el lugar del hecho y, más precisamente, en el cuerpo de la víctima. Ello supone que la muestra tomada deba ser conservada hasta su arribo al lugar donde debe ser analizado. La observancia de protocolos para la cadena de custodia de los vestigios es crucial para el éxito del examen; b) *Análisis de la muestra y contrastación*. Consiste en el análisis en laboratorio de la muestra recopilada para obtener un perfil genético y proceder a su contrastación con el perfil obtenido del intervenido -imputado o víctima; c) *Resultado estadístico de los resultados*. El resultado final del examen debe expresarse en dos sentidos: la exclusión o no coincidencia de los perfiles genéticos comparados o la no exclusión o coincidencia de los mismos. Solo en el primer sentido puede sostenerse que el resultado es absoluto, vale decir, que descarta que el perfil genético de la intervenida, no corresponde al ADN del vestigio encontrado en la escena del delito. Pero en el segundo caso, es menester expresar la coincidencia de perfiles en términos probabilísticos porcentuales"; d) *Elaboración del Informe pericial.-* El mismo que debe cumplir con los requerimientos mínimos del artículo 178 CPP; vale decir, que no se circunscriba solamente a la presentación de los resultados, sino que esté articulado con el objeto de análisis y sus características, el método utilizado y sus posibles limitaciones; e) Rexamen del perito. Finalmente, el punto de encuentro entre la llamada prueba científica y los sujetos procesales es el examen pericial de los peritos. En esta parte de la prueba pericial el experto genético explicará el contenido de su informe pericial de ADN. Será el escenario ideal para que las partes puedan tomar conocimiento, a través del examen correspondiente, del grado de fiabilidad y consistencia del informe sustentado por el experto. En este sentido se establece en el artículo 181 CPP que "*El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene*". Se trata por tanto de un examen integral y no solo focalizado en el resultado o las conclusiones del informe pericial. Sería un error para las partes y generaría una asimetría de información en el proceso, si se adoptase esta actitud sesgada, por los sujetos procesales. Ciertamente, esta labor examinadora podrá ser más eficiente con la interconsulta de la que puedan hacer uso las partes. La importancia de esta última etapa es la que explica la necesidad que el

órgano de prueba explique y someta al contradictorio su análisis de ADN y que el informe adquiera valor probatorio con la ratificación oral y no como mero documento –es claro, en todo caso, que el examen del perito está condicionado a las solicitudes probatorias de las partes procesales y, previamente, a la solidez del informe pericial y a la corrección de la toma de muestras y a la legalidad o no ruptura de la cadena de custodia-.

27° La relevancia del análisis del ADN se destaca sobre todo en los casos en que hay una interacción relevante entre la víctima y el agresor. El intercambio se produce en cualquier parte del cuerpo, con el consiguiente desprendimiento de pelos de la cabeza, vellos pubianos, saliva, sangre o sudor. En los delitos violentos realizados en un contexto de clandestinidad, en el que la víctima es testigo único de su tragedia, el examen de ADN es fundamental. En estos casos, el testimonio de la víctima es importante y siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, pero la función identificadora del examen de ADN es un indicio, corroborativo de la afirmación de la víctima; aunque, claro está, no es el único (su ausencia no necesariamente determinará, caso por caso, un supuesto de insuficiencia probatoria). Queda claro, entonces, que el examen de ADN es una prueba de probabilidad de gran margen de seguridad, por lo que mediante ella se determina, sin ningún género de duda razonable, que el material biológico utilizado pertenece efectivamente a la persona, identificándola, pero se requiere contar con otras pruebas, directas o indirectas, para demostrar la autoría de los hechos que se imputan a quien es identificado genéticamente. Por ello, así como la falta de coincidencia de los polimorfismos de dos muestras de ADN excluye, de una manera indubitada, la pertenencia a la misma persona la coincidencia de los polimorfismos de dos muestras no supone ninguna certeza respecto de la comisión del delito, sino la atribución de un valor de mera probabilidad.

28° La importancia forense de este medio de prueba va más allá del ámbito penal. Sirve para la determinación de la paternidad, en los procesos civiles. Es un factor fundamental en la identificación de personas desaparecidas o fallecidas en un accidente. Pero sirve igualmente en el proceso penal, tanto a la defensa como al fiscal. Su utilidad no solo se expresa en los casos presentes, sino también en los casos antiguos y

archivados provisionalmente. Desde esta perspectiva, puede señalarse que la víctima o sus familiares pueden considerar positivo este uso del examen, como una expresión del derecho a conocer la verdad. Aun cuando hay quienes consideren negativa la posibilidad de una reapertura del caso, por la revictimización. Como fuera, la amplia aplicación del examen de ADN sirve al propósito del esclarecimiento del objeto del proceso. No es desdeñable su potencialidad aplicativa en los casos de revisión relacionados con homicidios, delitos contra la libertad sexual u omisión de asistencia familiar. Dado aún su incipiente uso en nuestro país, y que dificultan el uso de los resultados en tiempo oportuno, es bastante probable que sea invocado como medio de prueba nuevo. Y esta calificación puede aceptarse aun cuando haya habido un examen de ADN durante el proceso, pero con muestras diminutas o degradadas que, en el actual estado de la ciencia, pueden ser utilizadas.

29º Ahora bien, la posibilidad de ofrecimiento de este medio de prueba es amplia. Si bien en el Código Procesal Penal se señala como límite mínimo para disponer una intervención corporal con fines de examen genético molecular, la pena conminada mayor de 4 años de privación de libertad, ello no obsta para que la parte interesada pueda ofrecer este medio de prueba en delitos que no sobrepasen este límite. El único condicionante en este caso está relacionado con el consentimiento de la persona intervenida. Consentimiento que se entiende implícito si se trata de la parte oferente. Si la intervención corporal para fines de examen de ADN lo pidiese el fiscal, el no asentimiento del imputado puede considerarse como un indicio de cargo, débil pero indicio al fin. Sin embargo, aun cuando sus posibilidades de uso son amplias, tanto las partes como el propio juez, deben ser conscientes que el examen de ADN presenta diversas limitaciones. A guisa referencial deben señalarse las siguientes: a. No todo examen de ADN, per se, es eficaz sino tan solo el que recae sobre en los genes más polimórficos -el que ofrece más posibilidades de diferenciación-; b. Según el tipo de gen sobre el que se realice el examen, debe usarse determinado método; c. El examen de ADN será tan eficaz en su aproximación probabilística, cuanto mayor cantidad de marcadores sean analizados; d. Por el estado de la ciencia aún no existe la posibilidad de determinar la antigüedad del ADN

analizado; e. El método utilizado en el análisis está en función del tipo de vestigio a analizar -saliva, semen, pelo, piel, sangre-; f. Las técnicas de recopilación, conservación, análisis, contrastación y presentación de resultados debe ser aplicadas necesariamente por especialistas; g. Por tanto, deben existir protocolos actualizados; h. En el procedimiento del examen del ADN debe tenerse especial cuidado en la preservación de la cadena de custodia; i. Un examen de ADN puede no aproximarse a la identificación del sospechoso por diversos problemas relacionados con el examen -contaminación, degradación, mezcla, insuficiencia-.

5. El rol del perito genético en el proceso penal

31° La delimitación de los roles del perito y de los jueces en materia probatoria, en especial en el ámbito de un conocimiento tan especializado como el examen de ADN, refleja la relación que existe entre la ciencia y el derecho. En sentido más restringido, hace necesario diferenciar y asemejar, en lo que sea posible, los conceptos de prueba científica y prueba jurídica. La determinación del contenido de esta relación puede dar lugar a dos actitudes extremas. Por un lado, la pretensión de considerar a los jueces como "peritos de peritos", lo que evidencia un absurdo y osado activismo judicial. Esta pretensión no se sostiene más, vista la evolución y complejidad creciente de los conocimientos científicos y tecnológicos. Pero, por otro lado, subsiste la actitud del perito tradicional de pretender sustituir al juez, sustentado en su intuición, en su experiencia y considerando que sus conclusiones son verdades absolutas e inconclusas. De esta manera los peritos tradicionales se constituían en *summum sapiens*, cuyas conclusiones desbordaban la apreciación técnico-científica para invadir espacios propios del juzgador (activismo pericial).

32° Estos dos extremos deben ser morigerados. Los peritos en el sistema procesal penal son auxiliares, calificados claro está, del servicio de justicia. Éstos, mediante sus conocimientos profesionales, ayudan al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria. Con sus conocimientos y habilidades especializadas coadyuvan a esclarecer la verdad, en el ámbito de lo que es objeto de análisis. En particular, en el ámbito del análisis del ADN deben realizar su labor pericial observando estrictamente los protocolos en cada una de las

fases de este examen. En el informe pericial deben dar cuenta de las condiciones para el recojo de la muestra de ADN, el método utilizado; su correspondencia con el tipo de vestigio analizado; la cantidad de marcadores y su grado de polimorfismo; las limitaciones y la fecha de recojo; las condiciones de conservación, la correlación entre el análisis realizado y las conclusiones. Se trata de una presentación objetiva y probabilística de los resultados del examen; no de explicar la correlación entre el resultado obtenido y el peso probatorio del indicio a probar. Tanto en este caso como en general en la prueba pericial, el juez debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado -si el juez quiera apartarse del dictamen del perito debe fundar su opinión de forma verificable, con una exposición de las diferencias con el dictamen, sin desligarse de los estándares científicos-.

33° En este sentido, lo que debe contener el informe del perito biólogo se ha de adecuar a lo establecido en el artículo 178 CPP; esto es, debe realizar una descripción genérica del objeto de análisis, señalando el tipo de vestigio analizado, la fecha de su recopilación, el estado en que encontró los vestigios analizados; la cantidad de marcadores estudiados, el o los métodos utilizados; la posible existencia de factores limitantes o distorsionantes del estudio; la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; la motivación del examen realizado; las conclusiones en términos probabilísticos de la correspondencia del vestigio encontrado en la escena del delito con el ADN del intervenido -procesado o no-. Al respecto no basta con verificar la actuación de un/ análisis, como el de ADN con métodos científicos. Ha de considerarse los criterios de fiabilidad que deberán explicar los expertos en el examen y contra examen; a saber: a) verificabilidad del método; b) falseabilidad; c) sometimiento al control de la comunidad científica; d) conocimiento del margen de error, y e) aceptación general de la comunidad científica.

34° En ningún caso se podrá expresar en el informe pericial juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. Tampoco se podrá calificar el valor probatorio del resultado obtenido. La fiabilidad del informe presentado por el perito genético dependerá "[...] *de la*

validez científica del método usado, de que haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos exámenes de calidad".

6. La valoración del juez del examen de ADN

35. En el Código Procesal Penal se ha establecido como regla de valoración lo siguiente: "*El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*". La primera regla es que corresponde solo al juez proceder a la valoración jurídica de los medios de prueba actuados en el plenario y de ser el caso de la prueba anticipada. El examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio, y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que incluso en el caso del análisis del ADN, el juez no puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado, sino tomará en consideración la validez del examen realizado, y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial. Por el criterio probatorio de la sana crítica el juez mantiene la facultad discrecional de validar los medios de prueba. El único límite que se plantea esta libertad es la fundamentación racional de la valoración que haga.

36º En este sentido, se dice que el juez no solo valora en función de las reglas dela lógica y las máximas de la experiencia, sino también valora conforme a los conocimientos científicos. Es cierto como dice FAUSTO GIUNTA que el juez utiliza, en cuanto miembro de la comunidad, y sin necesidad de intermediarios, generalizaciones empíricas y culturales sintetizadas en las llamadas "máximas de la experiencia" que como criterios de inferencia conducen a probar los indicios. Pero ello no lo exime de la obligación de valorar conforme a los conocimientos científicos. Y ello porque si bien es cierto la base o sustento determinación del objeto del proceso lo determina el sentido común; cuestión que es propia del juez en la valoración, no puede desdeñar la valoración de los indicios probados y sustentados en el conocimiento científico que es más objetivo, racional y medible. Como

sostiene Giunta, la voz de la ciencia está dotada de mayor credibilidad explicativa que la ofrecida por las máximas de la experiencia.

37° Luego de haber valorado individualmente los medios de prueba, el juez procederá a valorar integralmente o de manera correlacionada todos los medios de prueba. Esta regla no excluye el caso de la valoración del examen de ADN, como medio de prueba único -o como impropiamente se le denomina "pleno" o "absoluto". Pues incluso en los casos aparentemente más evidentes, el examen de ADN debe ser corroborado con otros medios de prueba, para probar el objeto del proceso. Es aquí donde los medios de prueba científicos, como el análisis del ADN, se relativizan en su valor probatorio desde el punto de vista jurídico, porque lo que se trata es de probar el objeto del proceso que está conformado por un conjunto de circunstancias de la que el examen de ADN solo puede dar cuenta parcial.

7. El valor probatorio del examen de ADN en los delitos sexuales

38° En el ámbito de los delitos sexuales, en particular los de violación de la libertad sexual, la forma de la comisión del delito está signado normalmente por la clandestinidad en su comisión. Esto significa que en la escena del delito solo se encuentra el agresor y la víctima. Por tanto, la forma de probar el hecho punible y sobre todo la responsabilidad del acusado, exige el cumplimiento de los criterios de seguridad que en su día establecieron los Acuerdos Plenarios 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116. El testimonio de la víctima será decisivo para tal propósito, a condición que cumpla determinadas exigencias de verosimilitud y sea corroborado con otros elementos externos periféricos. La obtención de la prueba se complica aún más si la denuncia del delito se presenta mucho después de sucedido el hecho punible o si la víctima es menor de edad o ha sido puesta o se ha aprovechado de su estado de inconciencia.

39.° En este contexto, se ha considerado útil, bajo determinadas circunstancias y sin asumir criterios de pruebas obligatorias o tasadas, la realización del examen de ADN para el esclarecimiento del hecho. Dicha utilidad se evidencia en particular en los delitos de violación de la libertad sexual, porque en su forma de realización es evidente que hay un nivel de acercamiento corpóreo entre el agresor y la víctima,

lo que supone la presencia de vestigios dejados por el agresor en la escena del delito. El examen de ADN servirá en estas circunstancias siempre que la escena del delito no sea el lugar donde viven la víctima y el sospechoso, pues la homologación de los vestigios con el ADN del sospechoso será equívoco.

40° La utilidad del examen de ADN es más relevante si se encuentra vestigios de semen en la zona periférica del cuerpo de la víctima o en sus partes íntimas. En estos casos, es indiferente que el agresor ocupe el mismo espacio que la víctima, pues el lugar de hallazgo del vestigio evidencia una aproximación inapropiada anormal del agresor con la víctima, conforme a las máximas de la experiencia. Por eso es importante para habilitar el examen de ADN que la víctima adopte las medidas adecuadas en cuanto a su aseo luego de la agresión sexual. A medida que pasa el tiempo luego de cometido el delito, el examen de ADN va perdiendo importancia.

41° Ahora bien, en el caso que fue materia de la sentencia casatoria objeto de análisis, la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN se plantea la cuestión de si dicha constatación es suficiente para optar por la absolución del imputado excluido. Para ello deben abordarse diversas circunstancias. En principio, en el caso de una imputación por delito violación de menor de edad, la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba, solo constituye un contra indicio, pero no excluye la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor. Para ello el juez deberá valorar otros indicios que pueden llevar al hecho indicado -indicio de capacidad, de mala justificación, de sospecha, de oportunidad, antecedente.

42° Tratándose de violaciones de mayores de edad la no exclusión de paternidad del agresor tampoco constituye indicio de cargo único y suficiente para optar por la responsabilidad del acusado. Constituye sí un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que cubran la involuntariedad de la víctima en la realización del acto sexual. Pero igualmente tampoco es evidente si lo que es objeto del proceso comprende un periodo de tiempo en el que puedan haberse realizado varios actos

sexuales. Las circunstancias del caso concreto y la valoración de los medios de prueba y elementos externos periféricos determinará la conclusión jurisdiccional.

43° Finalmente, si el examen de ADN tiene como soporte un vestigio distinto a la de semen, la no exclusión del perfil genético del imputado constituye un indicio de presencia de este y que corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial. De la misma manera debe ser corroborado su dicho con otros elementos periféricos externos para concluir por la responsabilidad del imputado.

229

§229. Valoración probatoria en el delito de lavado de activos

Casación	675-2016-ICA
Fecha	11 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 158 del NCPP, Lavado de Activos Ley N° 27765.

RESUMEN:

i) En cuanto a la prueba personal, de acuerdo con las Casaciones N.º 5-2007-Huaura y N.º 385-2013/San Martín, si bien por la inmediación le corresponde valorarla al juez de primera instancia, empero el tribunal superior puede controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringió las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En este caso, la Sala Penal de Apelaciones no sustentó por qué razones compartió la argumentación del Juzgado Penal Colegiado, si este no indicó, de conformidad con el Acuerdo Plenario 2-2005-CJ/116 y el R.N. N.° 3044-2004, cuál de las versiones de los testigos le genera mayor credibilidad, si los relatos incriminatorios brindados en la investigación preparatoria –con la garantía de la presencia de su abogado defensor y ante el fiscal– o sus retractaciones rendidas en juicio oral.

ii) Sobre la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433, se reitera la necesidad de acudir a los indicios, y sostiene que los más habituales fueron expuestos en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116. En este caso, la Sala Penal de Apelaciones no consideró entre otros indicios, la proximidad de las fechas de la adquisición de los bienes con la actividad criminal previa, los vínculos familiares y de amistad entre los acusados.

Tampoco explicitó la regla de inferencia que le permitió dar por acreditada la solvencia económica para la adquisición de los bienes, ni explicó por qué ingresos económicos posteriores justificarían operaciones anteriores.

Se produjo entonces una vulneración de garantías constitucionales de carácter material; y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial de esta Corte Suprema.

FUNDAMENTOS:

LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

NOVENO. Para resolver lo que es materia del examen casacional, es necesario referirnos en términos generales a la valoración de la prueba, la cual conforme al inciso 1, artículo 158, del CPP, debe ser realizada observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Estos tres elementos son componentes de la sana crítica racional, la que implica que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino en virtud a la relación entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial. Las reglas de la sana crítica aportan criterios de solidez de la inferencia probatoria[160].

DÉCIMO. Expuesto lo anterior y en específico respecto a la valoración de la prueba personal, esta Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-11[161], relativo a los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado, estableció como pauta de interpretación que cuando declare un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus* (testigo único, testigo nulo), 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.

Precisa que las garantías de certeza, son las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan

---

160 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones. 1.a edición. Lima: INPECCP Y CENALES, 2015, p. 591.

161 Del 30 de setiembre de 2005. Asunto: requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no solo 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.

DECIMOPRIMERO. Por otro lado, el inciso 2, artículo 425, del CPP estipula que la Sala Penal de Apelaciones 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. Esta disposición normativa fue interpretada por esta Corte Suprema en la Casación N.º 5-2007/Huaura, del once de octubre de dos mil siete, en cuyo fundamento jurídico sétimo se establece que:

Es exacto que con arreglo a los principio de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas "zonas opacas"– los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados. Empero, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia [...].

Finalmente, concluye que en la prueba personal, el órgano jurisdiccional de segunda instancia debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los

cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el órgano jurisdiccional de primera instancia y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado. Esta posición fue ratificada en los fundamentos 5.15 a 5.17 de la Casación N.º 385-2013/San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince, a la que se otorgó el valor de doctrina jurisprudencial.

DECIMOSEGUNDO. Y es que en efecto, siguiendo a MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES, se afirma que: "Tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única inmediación es aquella de la que goza el Tribunal de Instancia, a quién corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la inmediación, debiendo prevalecer esa valoración, salvo que se evidencia un fallo en el razonamiento lógico o en el proceso inductivo del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias y absurdas, y lo mismo debe decirse cuando se trata de la prueba pericial"[162].

DECIMOTERCERO. En cuanto a la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, se encuentra consagrada en el inciso 3, artículo 158, del CPP, el cual precisa de tres exigencias legales: a) que el indicio sea probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; y c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como no se presenten contraindicios consistentes.

DECIMOCUARTO. Estas exigencias constituyen estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios; no obstante, son la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez las que garantizan la equidad y la fiabilidad. Por consiguiente, cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas[163].

DECIMOQUINTO. Respecto a la prueba indiciaria, este Supremo Tribunal ha establecido diversas reglas jurídicas que deben tomarse en cuenta por los magistrados de instancias inferiores. Citamos el R. N. N.° 1912-2005/ Piura, del seis de setiembre de dos mil cinco[164], que siguiendo al Tribunal Europeo

---

162 Citado por PICÓ I JUNOY. "Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio". Revista Jurídica de Catalunia, 3/2009, pág. 57.

163 TARUFFO, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones.1.a edición. Lima: INPECCP Y CENALES, 2015, p. 606.

164 Declarado precedente vinculante por el Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006. También se destaca la STC N.° 00728-2008-PHC.

de Derecho Humanos, considera que "la prueba por indicios no se opone a la presunción de inocencia, y que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. Su eficacia para enervar la presunción de inocencia requiere materialmente que los indicios –hecho base– deben: a) estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–; b) ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; c) ser concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia".

DECIMOSEXTO. El delito de lavado de activos, por lo común, se acredita mediante la prueba por indicios. Esta Corte Suprema, en el fundamento trigésimo cuarto del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116[165], sostuvo que no se pueden establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaría. Es por ello que se establecieron algunas aplicaciones de este tipo de prueba y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así, señala los siguientes indicios.

16.1. Incremento inusual del patrimonio del imputado.

16.2. Manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos de la residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

16.3. Inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

16.4. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas.

16.5. Vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas[166].

---

165 Del dieciséis de noviembre de dos mil diez. Asunto: el delito de lavado de activos.

166 La dinámica de las operaciones económicas del blanqueo permite advertir que en estas suelen intervenir personas con vínculos familiares o relaciones lo suficientemente estrechas para asegurar el secretismo de las maniobras dirigidas al proceso de reciclaje. En estos supuestos, es factible acreditar con

DECIMOSÉTIMO. En la Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433[167], esta Corte Suprema reitera la necesidad de acudir a la prueba por indicios, y sostiene que los más habituales fueron expuestos en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116. Se agrega que muchos pueden ser los indicios ciertos, graves, interrelacionados que, a partir de una inferencia precisa y argumentalmente sólida –con pleno respeto de las reglas de la sana crítica (principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos: artículo 393, apartado 2, del CPP)–, y sin prueba de lo contrario –no desvirtuados por otras pruebas, entre los que se incluyen los contraindicios–, pueden establecer la comisión del delito de lavado de activos.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOCTAVO. Como se ha indicado la sentencia de vista confirmó la de primera instancia que absolvió a todos los acusados por el delito de lavado de activos. Con base en la valoración del Juzgado Penal Colegiado, concluye que:

18.1. No existe controversia respecto a que Germán Luna Tipiana y Eugenio Jesús Donayre Ormeño venían siendo investigados por la presunta comisión de los delitos de falsedad documental y falsedad ideológica, en agravio de la ONP (Expediente N.° 1153-2009). 18.2. No existe controversia respecto al hecho que desde el dos mil cinco, la ONP evidenció el incremento considerable de la presentación de solicitudes de prensiones de jubilación, a las que se adjuntaron en su mayoría documentos adulterados. Esto originó un proceso paralelo –refiriéndose al presente proceso–, y que por consiguiente, no existe controversia respecto al delito fuente.

18.3. Los testigos ofrecidos por el Ministerio Público: Teresa del Rosario Herrera Romano, Sarita Rosario espino Rojas, Carlos Eduardo

---

menor dificultad los denominados indicios de oportunidad o vinculación, el cual se basa en la evidencia de relaciones o vínculos del imputado con actividades delictivas rentables de familiares o cercanos. Así también, el indicio de la ausencia o insuficiencia de actividades económicas lícitas que justifiquen un inusitado incremento patrimonial, concretamente, el conocimiento que dicha situación tiene o debía presumir la persona estrechamente vinculada. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Editorial Instituto Pacífico, 2017, pp. 432 y 433.

[167] Del 11 de octubre de 2017. Asunto: Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; y, estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

Olaechea Auques y Jorge Luis García Hernández, no aportaron indicios sustanciales del actuar delictivo de los acusados, por los actos de ocultamiento y tenencia.

DECIMONOVENO. En cuanto a los cuatro testigos mencionados, el Ministerio Público construyó su tesis incriminatoria con base en sus testimoniales brindadas a nivel preliminar, y a través de las cuales obtuvo información no solo de los bienes que habría adquirido Luna Tipiana, sino también de las personas a cuyos nombres los colocó, entre ellos, sus familiares, su exconviviente Mendoza Calcín (respecto de quien indicaron que vivía en Arequipa) y su coacusado Donayre Ormeño. En juicio oral, estos testigos se retractaron.

En la sentencia de vista, se concluye que los citados testigos no aportaron indicios sustanciales del actuar delictivo de los acusados, pues Teresa del Rosario Herrera Romano negó haber participado conjuntamente con Luna Tipiana en los trámites ante la ONP, por el contrario señaló haber participado con su coprocesado Chacaliaza de la Cruz (Expediente N.° 1153-2009). Sarita Rosario Espino Rojas, declaró que desconocía sobre el patrimonio de Luna Tipiana y que solo escuchó que tenía propiedades, por ello se la consideró testigo de oídas de conformidad con el artículo 166 del CPP. Carlos Eduardo Olaechea Auques, si bien ratificó que recibió dinero de Luna Tipiana para realizar labores de albañilería; sin embargo, no dio referencias sobre los inmuebles. Jorge Luis García Hernández, señaló que fue presionado por la policía para que incrimine a Luna Tipiana y que no le constaba que producto de los trámites ilegales en la ONP haya forjado su fortuna y adquirido propiedades.

VIGÉSIMO. En relación a la valoración de la prueba personal, se advierte una motivación insuficiente, ya que la Sala Penal de Apelaciones no sustentó porque razones compartió la argumentación del Juzgado Penal Colegiado, pues no se indicó cuál de las versiones de los testigos ofrece mayor credibilidad, sí las brindadas en la investigación preparatoria –con la garantía de la presencia de su abogado defensor y ante el fiscal– o la que se rindió en juicio oral.

Conforme se ha indicado, si bien por la inmediación corresponde al juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el tribunal superior está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringió las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En este caso, debió controlar si las declaraciones fueron valoradas conforme a los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario 2-2005-CJ/116 ya mencionado, y

siguiendo las pautas interpretativas establecidas en el R.N. N.° 3044-2004[168], que constituye precedente vinculante, el mismo que aborda dos tópicos: retractación y no persistencia, y cuyos criterios resultan aplicables al nuevo modelo procesal con los matices correspondientes.

Vigesimoprimero. En relación a la prueba indiciaria, la Sala Penal de Apelaciones con cita del Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, concluyó que no existe prueba suficiente que sustente una condena contra los acusados. Así, en relación a los indicios, asumiendo la posición del Juzgado Penal Colegiado, sostuvo:

21.1. Sobre el inusual incremento del patrimonio, el Ministerio Público no aportó documento o pericia alguna que evidencie este indicio, por el contrario, los acusados presentaron documentos que acreditarían el origen lícito de los bienes, los que según el Ministerio Público habrían sido entregados por Luna Tipiana.

21.2. Que no se presenta el indicio de manejo de elevadas cantidades de dinero, utilización de testaferros, etc.

21.3. Tampoco se presenta el indicio de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial, para lo cual recurrió a los mismos argumentos, efectuados en el apartado 21.1.

Vigesimosegundo. En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, los jueces superiores al emitir la sentencia de vista, debieron considerar lo siguiente:

22.1. El acusado Donayre Chipana, hijo del acusado Donayre Ormeño, adquirió el inmueble N.° 2 (cuadro de bienes), el veintiséis de junio de dos mil siete, por la suma de cinco mil dólares estadounidenses, de parte de Margarita Luna Leuyacc, hija de Germán Luna Tipiana, quien fuera coacusado de los dos primeros. Dicho bien le fue transferido a la citada Margarita Luna, por Miguel Ángel Cortez Mendoza, tres meses antes y por un valor de seis mil ciento ochenta dólares estadounidenses. Es decir que el inmueble lo vendió tres meses después

---

168 Del 1 de diciembre de 2004. El fundamento quinto establece como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles –presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor–, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones –que el Tribunal debe precisar cumplidamente–, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad.

al acusado Donayre Chipana a un precio menor del adquirido, no apreciándose en el razonamiento lógico que debe invocar un juez, si dicha operación era o no razonable bajo una lógica comercial.

Respecto a la adquisición de este inmueble, el acusado Donayre Chipana presentó seis boletas de pago; sin embargo, estas corresponden a fechas posteriores a la adquisición, entre los años dos mil ocho a dos mil diez.

22.2. La acusada Donayre Vargas, hijo del acusado Donayre Ormeño, adquirió el inmueble N.º 3 (cuadro de bienes), según minuta del treinta de enero de dos mil ocho, por la suma de cinco mil dólares estadounidenses, de parte de Luis Rufino López Tipiana, quien sería familiar de Germán Luna Tipiana, coacusado de los dos primeros.

El acusado Donayre Ormeño aceptó que adquirió el bien para su citada hija; y para acreditar su solvencia económica presentó documentos, como préstamos, liquidación, copia simple de contratos de arrendamientos, entre otros, la mayoría de fechas posteriores a la adquisición del bien, entre los años dos mil nueve y dos mil diez. Se advierte que en este extremo, la Sala Penal de Apelaciones no explicitó porque estos ingresos posteriores justificarían una operación anterior.

22.3. El acusado José Ricardo Herrera Romano, hijo de Teresa Amelia Romano de Herrera, exconviviente de Germán Luna Tipiana, aparece como adquiriente del vehículo con placa de rodaje SF-3582, Mitsubishi, color azul, con fecha de adquisición del cinco de junio de dos mil siete. Él sostuvo que lo compró por su actividad de taxista; sin embargo no tiene licencia de conducir, no obstante que refirió dedicarse a esta actividad por más de veinte años. Además, refirió que una parte del pago del vehículo proviene de un préstamo que le hizo un cambista de apellido Hernández; sin que exista medio probatorio que corrobore su versión.

Se omite en esta oportunidad expresar cuál es la regla de inferencia que se utilizó para dar por acreditada la solvencia económica del citado acusado.

Además, Teresa Amelia Romano de Herrera se encuentra implicada conjuntamente con Donayre Ormeño, como integrante de la organización dedicada a la falsificación de documentos, cuya función fue captar a los pensionistas, y en la que estuvo comprendido su conviviente Germán Luna Tipiana.

22.4. La acusada Martha Beatriz Luna Tipiana, hermana de Germán Luna Tipiana, adquirió tres vehículos menores (mototaxis) con placas de rodaje MG-81924, MG-82668, MG-85053, los dos primeros el veinte de octubre y once de noviembre de dos mil cinco, respectivamente. El tercero lo transfirió a su sobrino Edwin Absber Cavides Luna, el tres de julio de dos mil siete.

Esta acusada inicialmente sostuvo que una mototaxi la adquirió con el dinero de la venta de un inmueble heredado por sus padres, y los otros dos mediante préstamos que le efectuó su vecino de nombre "Félix"; sin embargo, sobre dicho préstamo no presentó documentos que lo corroboren. En la sentencia de primera instancia a la que se remite la Sala Penal de Apelaciones, se consigna que su defensa sostuvo que pudo adquirir dichos vehículos por la venta del inmueble ocurrida el quince de agosto de dos mil siete; sin embargo, los vehículos se adquirieron el dos mil cinco.

En ese sentido, se advierte que en este extremo, la Sala Penal de Apelaciones no explicitó porque estos ingresos posteriores justificarían una operación anterior. 22.5. La acusada Marta Mendoza Calcín, según el fiscal provincial habría adquirido por intermedio de su exconviviente Germán Luna Tipiana, los inmuebles N.º 4, N.º 5 y N.º 6 del cuadro de bienes, ubicados en las siguientes direcciones: i) av. José de Sucre N.º 899, distrito de Parcona, Ica; ii) calle San Vicente de Paul mz. 40 lt. 5, casa A-3, Chala Norte, Arequipa; y iii) calle Octavio Muñoz Najar N.º 223, pje. 2, int. of. 223, Arequipa.

En cuanto al primer inmueble, su defensa sostuvo que lo compró a Domingo Palomino Contreras y a su esposa, el seis de enero del dos mil seis. Esta fecha es próxima al dos mil cinco, en que Luna Tipiana habría presentado las solicitudes de pensiones de jubilación con documentación falsa, circunstancia que los juzgadores debieron correlacionar con la capacidad económica, y explicitar si se trata de un bien vinculado a la actividad criminal previa.

Respecto al segundo y tercer inmueble alegó que se encuentran inscritos a nombre de Marcelina Elena Hilarión León y de una asociación de comerciantes, respectivamente. Esta tesis deberá dilucidarse en el nuevo juicio oral en referencia al material probatorio que aporte el Ministerio Público para demostrar su tesis incriminatoria.

Vigesimotercero. Por otro lado, se verifica que en relación al inmueble ubicado en el centro poblado de Subtajanjalla, Cercado I, mz. Z1, lt. 3, distrito de Subtanjalla casa A-3 (N.º 1 en el cuadro de bienes), fue adjudicado por la Municipalidad Provincial de Ica a Donayre Ormeño y su esposa María Salomé Chipana López, el once de setiembre de dos mil uno, según aparece de la copia literal de dominio (foja 31 del expediente judicial).

Esta fecha es anterior al dos mil cinco, en que se presentaron las solicitudes de pensión de jubilación, sustentadas, según el Ministerio Público, con documentación fraudulenta. Con base en esta constatación, se debió explicitar

que no existiría una relación causal entre este bien y la presunta actividad criminal previa, a fin de establecer si se trata de un bien maculado o no.

Vigesimocuarto. En conclusión, la Sala Penal de Apelaciones no consideró entre otros indicios, la proximidad de las fechas de la adquisición de los bienes con la actividad criminal previa, los vínculos familiares y de amistad entre los acusados. Tampoco evidenció la regla de inferencia que le permitió dar por acreditada la solvencia económica para la adquisición de los bienes, ni explicó por qué ingresos económicos posteriores justificarían operaciones anteriores.

En atención al razonamiento expuesto, se concluye que la sentencia de segunda instancia inobservó los incisos 1 y 3, artículo 158, del CPP, los Acuerdos Plenarios N.º 3-2010/CJ-116 y N.º 2-2005/CJ-116, y las Casaciones N.º 5-2007-Huaura y N.º 385-2013/San Martín. Se produjo entonces una vulneración de garantías constitucionales de carácter material; y apartamiento de la doctrina jurisprudencial de esta Corte Suprema, por lo que corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otros jueces para que se pronuncien sobre el fondo del asunto. Por tanto, los motivos casacionales deben ampararse.

230

§230. Necesidad de la actuación de prueba científica

Casación	240-2016-SAN MARTÍN
Fecha	17 de abril de 2018
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 157 del NCPP

RESUMEN:

Cuando la actuación de la prueba científica de ADN tiene relación directa con el hecho delictivo que se pretende probar, resulta necesaria su actuación en sede de instancia.

FUNDAMENTOS:

FUNDAMENTOS PRELIMINARES DE ESTA SUPREMA INSTANCIA

A. DERECHO A LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DETALLADA DE LA ACUSACIÓN

TERCERO. El artículo IX, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal establece que toda persona tiene derecho a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra. De similar manera, el artículo 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que una vez formulada la acusación, esta debe ser comunicada de manera previa y detallada al inculpado.

3.1. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela[169], estableció que el Estado debe informar al interesado no solamente la causa de la acusación; esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado ejercer plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos[170].

3.2. Por su parte, el Tribunal Constitucional estableció que la finalidad de este derecho es brindar al acusado, en forma oportuna, todos los elementos de hecho y derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación, con el fin de que este pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa[171].

B. DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

CUARTO. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión judicial emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas[172]; ello significa que el deber de motivación de las resoluciones judiciales resulta mayor cuando se trata de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales[173] (vg. Derecho a la libertad personal).

4.1. Por otro lado, si bien el dictado de una sentencia condenatoria, por si, no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha obligación constitucional se ejerce de manera arbitraria; esto es, cuando no se motiva debidamente la decisión adoptada[174], lo resuelto no resulta congruente con los

---

169 Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, fundamento 28.

170 En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Ayçoban y otros c. Turquía, del veintidós de diciembre de dos mil cinco, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo, por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser adecuada para permitirle al acusado preparar su defensa (EXP. N.° 00156-2012-PHC/TC, fundamento 17).

171 Cfr. EXP. N.° 00156-2012-PHC/TC, fundamento 19.

172 Cfr. EXP. N.° 05601-2006-PA/TC, fundamento 3.

173 Cfr. EXP. N.° 6358-2008-PHC/TC, fundamento 6.

174 Cfr. EXP. N.° 02637-2011-PHC/TC, fundamento 6.

hechos imputados al acusado[175] o cuando las conclusiones de la decisión judicial son ajenas a la lógica[176], entre otros supuestos; pues ello significaría contravenir los derechos a la defensa, prueba y motivación de resoluciones judiciales, así como los valores supremos en que nuestro ordenamiento jurídico se sustenta.

4.2. De modo que, en materia penal, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver[177].

FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA INSTANCIA

QUINTO. En el caso de autos, al ser la resolución recurrida una sentencia que condenó a Iván Soria Reátegui a treinta años de pena privativa de libertad, la grave intervención en los derechos del procesado (restricción del derecho a la libertad personal) acrecienta los deberes de motivación del órgano jurisdiccional que impone la pena y del que la confirma, en los términos descritos precedentemente.

5.1. Ahora bien, analizando el cumplimiento del derecho de motivación y con el fin de evaluar si la resolución recurrida fue emitida de forma congruente con lo alegado por el representante del Ministerio Público, partimos de los hechos imputados al procesado en la acusación fiscal, donde se señala que el procesado Iván Soria Reátegui habría agredido sexualmente a la menor identificada con las iniciales F. A. A. V. a finales del mes de julio de dos mil trece y fruto de ello quedó embarazada (afirmación que realizó el representante del Ministerio Público en la acusación; además, se conoció el hecho criminal con el examen de embarazo que el padre de la agraviada, Nilton Fernando Alcalde Julca, hizo realizar a su menor hija). Considerando también que el procesado sustentó su defensa en mérito a lo indicado en este extremo de la acusación fiscal.

5.2. Asimismo, a efectos de determinar la responsabilidad o inocencia del procesado, el representante del Ministerio Público ofreció los medios probatorios que estimó necesarios para acreditar la responsabilidad del acusado (declaración

---

175 Cfr. EXP. N.° 03859-2011-PHC/TC, fundamento 4.

176 Cfr. EXP. N.° 0728-2008-PHC/TC, fundamento 8.

177 Cfr. EXP. N.° 00268-2012-PHC/TC, fundamento 3.

de la menor agraviada, declaración de sus padres, pericia médico legal y pericia psicológica, entre otras pruebas), y con ello pretendió enervar la presunción de inocencia que asiste al procesado; por su parte, este solicitó durante todo el proceso se actúe la prueba científica de ADN (en el inicio del juicio oral –foja cuarenta y cinco–, en los alegatos finales –foja ciento cuarenta y ocho–, en la apelación de la sentencia –foja ciento ochenta y cuatro– y en el recurso de casación –foja doscientos treinta–, entre otros), a efectos de determinar la paternidad del menor hijo de la agraviada, supuestamente procreado a consecuencia de la violación sexual, y con ello desvirtuar los argumentos del representante del Ministerio Público.

5.3. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, al emitir pronunciamiento sobre el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia que condenó al procesado como autor del delito de violación sexual de menor de edad y le impuso treinta años de pena privativa de libertad, estableció, con relación a la prueba científica de ADN solicitada, que no se encuentra en cuestión la paternidad del hijo de la menor agraviada, sino la violación sexual denunciada.

5.4. Dicho razonamiento carece de coherencia en su justificación, lo que denota la ilogicidad en la motivación de la sentencia recurrida, debido a que la controversia del proceso versaba en determinar si la menor agraviada, quedó embarazada fruto de la agresión sexual, pues así lo postuló el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal.

5.5. Además, la argumentación de la referida Sala Penal presenta sustanciales incongruencias en su justificación, debido a que estableció que se encuentra fehacientemente probada la responsabilidad del acusado en los actos de violación sexual denunciados, y que producto de dicha agresión sexual la agraviada quedó embarazada y luego alumbró a un neonato; sin embargo, también descartó la actuación de la prueba biológica de ADN, indicando que no está en discusión la paternidad del menor nacido, sin considerar que el resultado de dicha prueba biológica vincularía plenamente al procesado como progenitor del neonato y, consecuentemente, autor del delito denunciado.

5.6. Tampoco resultan consistentes las conclusiones a las que arribó el Colegiado Superior con lo actuado en el proceso, pues se registra en autos que la menor agraviada, en su declaración referencial (de foja sesenta y dos), y su padre, ante el médico legista que evaluó a la agraviada (a foja ciento dos), señalaron que esta quedó embarazada producto de la violación sexual, sobre lo cual la Sala Superior no realizó algún análisis.

5.7. En ese entender, resulta claro que el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, la misma que fue solicitada por el recurrente en su apelación, pues este medio probatorio resulta pertinente y necesario[178] para tener certeza que la procreación del neonato fue producto o no de la violación sexual que sufrió la agraviada, más aún si la imputación fiscal se sustenta, en gran medida, en que el hijo de esta es consecuencia de la violación sexual.

5.8. Ello significa, también, que la Sala Superior, al no compulsar y valorar la prueba biológica de ADN, afectó el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinentes para sustentar su defensa, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que las mismas resulten pertinentes y necesarias; tanto más si, reiteramos, dicha prueba resulta de vital importancia para concluir con certeza sobre la responsabilidad del recurrente en los hechos imputados.

5.9. Dicho criterio jurisdiccional resulta congruente con lo establecido por la Sala Penal Permanente, en un caso análogo al presente, donde estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que:

En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y, a consecuencia de ello, procrea un menor, es necesaria la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado[179].

5.10. Según lo expuesto, la Sala Superior no solo infringió la garantía constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino que también contravino, por conexidad, los derechos a la presunción de inocencia y prueba; lo que significa que corresponde anular la sentencia recurrida, así como la sentencia de primera instancia (por contravenir también los citados derechos), y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, actuando la prueba científica descrita, en amparo de lo establecido en el inciso uno, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal.

---

[178] La actuación de la prueba biológica de ADN debe realizarse garantizando el derecho a la intimidad personal, y considerando lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N.° 00815-2007-PHC/TC.

[179] Casación N.° 292-2014 Áncash, del diecisiete de febrero de dos mil dieciséis; publicada en el diario oficial El Peruano el veintisiete de febrero de dos mil dieciséis.

SEXTO. Finalmente, considerando que el procesado Iván Soria Reátegui se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Yurimaguas, según se registra en el Acta de Entrega y Recepción de Internos (de foja doscientos cincuenta y cuatro), por mandato de la sentencia del quince de julio de dos mil quince (de foja ciento sesenta y uno), confirmada por la sentencia de vista del veintisiete de enero de dos mil dieciséis (de foja trescientos seis), y en atención a que las mismas fueron declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde disponer su inmediata excarcelación.

11. ETAPA INTERMEDIA

231

§231. El control de la acusación fiscal

Acuerdo Plenario	6-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 159º.5 de la Const.; 92º.4 de la LOMP; 1º y 92º del C.P.; 219º, 25º, 229º y 292º del ACPP.; 1º, 60º, 344º.1, 344º.2, 349º.1, 349º.2, 350º.1, 352º.2 y 352º.4 del N.C.P.P.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6º al 15º

RESUMEN:

*La **acusación fiscal desde un punto de vista subjetivo**, debe expresar la **legitimación activa del fiscal** (que sólo puede intervenir en delitos de persecución pública) **y la legitimación pasiva del acusado** (persona física viva e individualizada que ha sido comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria); mientras que, **desde una perspectiva objetiva, debe respetar los requisitos de fundamentación fáctica** (debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones.) **y fundamentación jurídica** (precisión de los elementos legales del hecho punible, la*

indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.), así como de ***petición de una sanción penal concreta.***

En el ACPP ***el control de la acusación por el órgano jurisdiccional, previo traslado, debe pronunciarse*** *–se hayan manifestado o no las partes-,* ***sobre aspectos de admisibilidad y procedencia, sin que se haga un análisis probatorio ni pronunciamiento sobre el fondo****. Si bien en el NCPP el control de la acusación –que se llevará a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria-, tampoco puede pronunciarse sobre aspectos de fondo ni incidiendo en un análisis probatorio, se diferencia del primero en tanto éste contará con una fase escrita (traslado a las partes) y con una fase oral (audiencia preliminar), propio de la revalorización de los principios de oralidad y concentración.*

FUNDAMENTOS:

"La acusación fiscal. Alcances jurídicos procesales:

6°. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación

preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, -en adelante, CP-), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7°. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8°. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra- determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está- con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial- entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

El control de la acusación en el ACPP:

9°. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir

determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa- a las demás partes.

10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, **(i)** que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, **(ii)** que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o **(iii)** que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.

11°. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional -la jurisdicción y competencia penales- y a la causa -excepciones procesales-. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de

oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

El control de la acusación en el NCPP:

12°. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional-.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "*...un nuevo análisis del Ministerio Público*".

14°. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la

consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352°.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15°. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°.1 NCPP)." (Sic.)

232

§232. Reglas sobre el control formal y sustancial de la acusación Fiscal

Casación	760-2016-LA LIBERTAD
Fecha	20 de marzo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 344°, inciso2, literal d); 349°, inciso1, literalc); y 352° inciso 4 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° al 21°

RESUMEN:

La acusación fiscal puede ser objeto de control formal: a) Que esté debidamente motivada y, b) Que sea completa en los elementos taxativamente exigidos en el artículo 349 CPP.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

La acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos tácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

En el supuesto, excepcional, de control sustancial del requerimiento acusatorio, el imputado es competente para pedir el sobreseimiento del proceso, cuando los supuestos del art. 344.2 sean evidentes. Limite al que está sujeto el Juez de Investigación Preparatoria.

FUNDAMENTOS:

Interpretación sistemática y lógica de los elementos de convicción

DÉCIMO QUINTO.- En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio.

Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios:

a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal;

b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación;

c) Por juicio a contrario del artículo 344.2;

d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento;

e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal;

f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba -que en realidad son de convicción- puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio.

Control de la acusación y en particular de sus elementos de convicción

DÉCIMO SEXTO.- Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal, es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben

superar. La cuestión que debe esclarecerse es, cuál es el alcance de dicho control, y qué grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio. Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos tácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

DÉCIMO SÉTIMO.- Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integralidad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

DÉCIMO OCTAVO.- En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

DÉCIMO NOVENO.- Se evidencia la necesidad de interpretar el artículo 352, inciso 4, del Código Procesal penal para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria.

VIGÉSIMO.- Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad

que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, vídeos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal cuando haya elementos de convicción que generen duda, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreseer la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal, mientras que en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías .

233

§233. Apelación de auto de sobreseimiento

Casación	187-2016 – LIMA
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra FLores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 346 del NCPP.

RESUMEN:

Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia, contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, no siendo requisito que el requerimiento del Fiscal Provincial sea también por sobreseimiento.

La ausencia de oposición del actor civil al requerimiento de sobreseimiento, al no constituir un requisito, no impide que recurra en apelación.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: El artículo trescientos cuarenta y seis del Código Procesal Penal establece que son tres las posibilidades que tiene el Juez de Investigación Preparatoria frente al requerimiento de sobreseimiento fiscal luego de la audiencia de control: i) Si considera fundado el requerimiento dictará auto de sobreseimiento. ii) Si no lo considera fundado, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución Judicial debe expresar las razones en las que funda su desacuerdo. iii) Si considera admisible la oposición formulada [en ese sentido]

por el actor civil, dispondrá la realización de una investigación suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

QUINTO: Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento solicitado por el Fiscal Provincial, entonces con su decisión culmina el trámite, lo que se denomina doble conformidad. Sin embargo, el problema se presenta cuando es el Fiscal Provincial quien acusa, no obstante se sobresee la investigación y el Fiscal Superior está conforme con el sobreseimiento.

SEXTO: Al respecto, el artículo cinco del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos- Ley Orgánica del Ministerio Público establece el principio de jerarquía en la actuación fiscal: "[...] Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores".

SÉPTIMO: En ese sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República se ha pronunciado en la Casación número novecientos ochenta y dos, dos mil nueve-Tacna, que: "por principio de unidad en la función y dependencia jerárquica que rige en el Ministerio Público, prima el parecer del superior jerárquico"; en la Casación número cuatrocientos setenta y cinco-dos mil trece-Tacna, que: "uno de los principios que se rigen en la actuación fiscal son de unidad y de jerarquía, por lo que, al haber solicitado el Fiscal Provincial el sobreseimiento de la causa y el Fiscal Superior no opinó en contrario, debe mantener la opinión del primero"; y en la Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, que: "emitida una sentencia absolutoria, y leída en audiencia pública o privada, cuando el único impugnante sea el actor civil y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución".

OCTAVO: Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia número dos mil novecientos veinte-dos mil doce-PHC/TC, caso Castañeda Lossio, del veintitrés de agosto de dos mil trece, fundamento décimo primero, señala: "El Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles"; de ello se colige que ante dos posturas contrarias emitidas por el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior,

en sus respectivos dictámenes, se debe otorgar validez a la opinión emitida por el jerárquicamente superior, en virtud al artículo cinco de la citada Ley Orgánica.

NOVENO: Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional –tanto más si el Fiscal Provincial que acusó, no apeló, aceptando tácitamente el sobreseimiento–. Del mismo modo, no es necesario la exigencia de una doble conformidad, pues en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, prevista en el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de menor grado o rango deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, pues el Ministerio Público es una institución jerárquicamente organizada.

DÉCIMO: Por lo que, el órgano jurisdiccional en respeto a la autonomía del Ministerio Público –titular de la acción penal, encargado de perseguir el delito y probarlo, conforme al artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público–, debe tener en cuenta para la continuidad del proceso el requerimiento motivado del Fiscal Superior a favor de la continuación de la persecución del delito, caso contrario vulneraría el principio acusatorio, ya que una decisión por confirmar el archivo del proceso impide la imposición de una condena, conforme lo previsto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente dos mil cinco-dos mil seis- PHC/TC, caso Umbert Sandoval; puesto que, sin acusación no hay condena.

DÉCIMO PRIMERO: En ese sentido, sostiene Roxin que la Fiscalía requiere patrones de uniformidad y que no es provechoso para la paz jurídica que cada Fiscal pueda seguir su propia línea sin controles, de tal manera que se genere una práctica dispersa con respecto a la acusación porque si se considera al Ministerio Público como independiente de los criterios de la jurisprudencia, ello es solamente tolerable si se manifiesta en actuaciones homogéneas. Agrega que allí donde están justificadas diversas posibilidades de evaluación, se puede hacer prevalecer el criterio del superior de la Fiscalía.

DÉCIMO TERCERO: Como se desarrolló en los considerandos noveno y décimo de la presente Ejecutoria Suprema, ante un auto de sobreseimiento de primera instancia, contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, no siendo requisito que el requerimiento del Fiscal Provincial sea también por sobreseimiento; por lo que se advierte la transgresión a los principios citados.

DÉCIMO CUARTO. El segundo punto a desarrollar: "Determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, quita legitimidad para interponer medio impugnatorio".

DÉCIMO QUINTO. El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer recursos impugnatorios que la Ley prevé; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos –entre otros– en su inciso d) impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria[3].

DÉCIMO SEXTO. De lo anotado precedentemente, se tiene que el numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal establece que los sujetos procesales –entre ellos el actor civil– podrán formular oposición a la solicitud de sobreseimiento dentro del plazo establecido; asimismo, señala que la oposición será fundamentada, bajo sanción de nulidad.

DÉCIMO SÉPTIMO. La formalidad prevista para ello presenta dos fases, una escrita: "[...] autoriza a las partes contrarias a formular por escrito oposición al sobreseimiento"[4], donde puede solicitar la realización de una investigación suplementaria, o que en vía de control se eleve al superior jerárquico; y otra oral, que es la audiencia, donde se debaten las alegaciones presentadas por escrito. Esto guarda relación con el décimo segundo fundamento del Acuerdo Plenario seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, que establece: "El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración)".

DÉCIMO OCTAVO. El planteamiento inoportuno [fuera del plazo o incumpliendo la formalidad prevista –primero escrita y luego oral-] o la ausencia de oposición contra el requerimiento de sobreseimiento, no constituye un requisito previo para la apelación de este; más aún si el numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal establece que los sujetos procesales "podrán" formular oposición a la solicitud de sobreseimiento; es decir, su formulación es discrecional o facultativa.

DÉCIMO NOVENO. Los principios dispositivo y de trascendencia que rigen los medios impugnativos, establecen que estos se plantean sólo por sujetos procesales legitimados; es decir, que hayan sufrido un perjuicio con la resolución que es objeto de impugnación, y no por quienes la hubieren consentido.

VIGÉSIMO. Argüir falta de interés para interponer recurso de apelación al sobreseimiento por no plantear oposición, vulneraría el derecho al recurso que le asisten a las partes; el principio de legalidad, pues el artículo cuatrocientos veinte del Código Procesal Penal no establece la oposición como requisito de procedencia de la apelación de autos –de sobreseimiento–, resultando una interpretación extensiva de las formalidades del recurso prevista en el artículo cuatrocientos cinco del citado Texto legal; y el inciso tres del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece: "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 [...]".

VIGÉSIMO PRIMERO. En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, del siete de abril de dos mil quince, señala que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso, y ello se trasgrede cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa consecuencia, la imposibilidad de plantear recurso de apelación al sobreseimiento –por previamente no haber planteado oposición desnaturalizaría el procedimiento, generando indefensión a las partes procesales.

12. ETAPA DE JUICIO ORAL

234

§234. La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral

Acuerdo Plenario	5-2012/CJ-116
Fecha	29 de enero del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arena, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 349°.1, 350°.1, 355°.5, 363° y 366° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° y 16°

RESUMEN:

***La citación de los testigos y peritos está a cargo de las autoridades jurisdiccionales**, sin perjuicio de que las partes procesales tengan la obligación de coadyuvar en la localización y comparecencia de sus testigos y peritos al juicio.*

*Hay que tener en cuenta que una vez recibida la causa por el juez juzgador, como dictar el auto de citación a juicio; luego de ello, el juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. **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.***

DOCTRINA LEGAL:

15º A. Interpretación sistemática

A.1. El artículo 363 del CPP estatuye que el juez penal o el juez presidente del juzgado colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo.

La citación a los testigos y peritos se lleva a cabo por el personal a cargo de este autoridad jurisdiccional, conforme con el artículo 366 del referido texto legal, el cual indica que: "1. El auxiliar jurisdiccional del juzgado adoptará las acciones pertinentes para que se efectúen las notificaciones ordenadas y se encuentren en lugar adecuado los objetos o documentos cuya presentación en audiencia ha sido ordenada. 2. Igualmente, está obligado a realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del fiscal, de las partes y de sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el juzgado [...]".

El apartado 5, artículo 355, del CPP, señala la obligación de las partes procesales de coadyuvar en la localización y comparecencia de sus testigos y peritos a juicio. Sin embargo dicha norma debe ser interpretada conjuntamente con los demás apartados de tal artículo en el orden de prelación que figuran: "1. Recibidas las actuaciones por el juzgado penal competente, este dictará el auto de citación a juicio con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral, salvo que todos los acusados fueran ausentes [...]. 2. El juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio [...]. 3. Cuando se estime que la audiencia se prolongará en sesiones consecutivas, los testigos y peritos podrán ser citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir [...]. 5. 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".

La norma determina las primeras acciones por realizar, una vez recibida la causa por el juez juzgador, como dictar el auto de citación a juicio; es decir, el acto que comunica que el juicio oral va a iniciar y que determinadas personas deben acudir a la sede judicial. Luego de ello, el juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. Sólo en el último párrafo dispone 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.

Por lo tanto, siempre el personal auxiliar del juzgado citará a testigos y peritos, sin perjuicio de que coadyuven en ello las partes. Esto se confirma con la previsión contenida en el artículo 366 del Código citado.

A.2. En el mismo sentido, dispone el artículo 23 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones, bajo las normas del Código Procesal Penal, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que: "[...] una vez que el órgano jurisdiccional determine la necesidad de hacer comparecer a las personas indicadas en el artículo 21 del citado Reglamento, la citación judicial será remitida al encargado de notificaciones, quien procederá a hacer entrega de la misma al destinatario de la citación. En casos especiales, dispondrá que sea la Policía la encargada de notificar".

El artículo 21 prevé: "La citación judicial tiene por finalidad hacer comparecer a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes, depositarios y otros que correspondan, en el tiempo y lugar prefijados, para llevar a cabo una actuación judicial, en los casos que el órgano jurisdiccional considere necesaria su presencia". El artículo 24 del mencionado Reglamento preceptúa que: "[...] cuando se trate de testigos y peritos a ser citados, el Juez requerirá al sujeto procesal que los propuso para que se encargue de entregar la respectiva citación judicial"; lo que debe entenderse como subsidiario; y una forma de coadyuvar, cuando se agotó y son ineficaces las cursadas por el órgano administrativo judicial, especialmente porque el artículo 24 citado no puede colisionar con las normas referidas del Código Procesal Penal, por jerarquías de normas previstas en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, que concuerda con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A.3. Además, el Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones entre Autoridades en la Actuación Fiscal, señala expresamente que tiene por objeto establecer el procedimiento de notificaciones de las actuaciones procesales, que realizan los fiscales en su condición de titulares del ejercicio público de la acción penal, así como el de las citaciones y comunicaciones entre autoridades.

Pero la citación a juicio de testigos y peritos no es una actuación procesal que competa a los fiscales, en su condición de titulares del ejercicio público de la acción penal; como sí lo es notificar el archivo de la denuncia o el secreto de la investigación.

Por último, esta norma señala que los fiscales, en el ejercicio de sus funciones, están facultados para citar a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios; por lo que debe en tenderse que solo lo hará en la etapa de investigación que dirige y, por lo tanto, está a cargo su concreción.

A.4. De una apreciación sistemática de las normas que regulan esta actividad, es claro que corresponde al Juzgado Unipersonal o Colegiado citar a los testigos y peritos.

16º B. Interpretación teleológica

B.1. El apartado 5, del artículo 355, del CPP dispone: "[...] 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". Coadyuvar, según la Real Academia de la Lengua Española, es la acción de asistir, ayudar, colaborar al logro de un fi n.

En este caso, implicaría el ayudar en ciertos casos, excepcionales, a la función de citar que tiene el juzgado. Ello es concordante con el literal h), del apartado 1, del artículo 349, del CPP, que ordena que el Fiscal, en su acusación ofrecerá los medios de prueba para su actuación en la audiencia; en este caso, la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones.

B.2. En el mismo sentido, el literal f), del apartado 1, del artículo 350, del mismo texto legal, permite a la defensa del acusado, actor civil, tercero civil o parte procesal, ofrecer pruebas para el juicio, para lo cual deberá adjuntar la lista de testigos y peritos que serán convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio; además de precisar los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate.

B.3. Entonces, el fi n de la norma no es que en todos los casos el Ministerio Público y las demás partes procesales citen a sus testigos y peritos, sino el que únicamente coadyuven a este propósito. Es el órgano judicial el que hace el juicio, capta la información y expide resoluciones orales y/o escritas, y es a su área administrativa a la que corresponde (con la información que aquellos le brinden).

235

§235. Conclusión anticipada. La conformidad

Acuerdo Plenario	5-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 136° del ACPP.; 158°, 372° y 471° del NCPP.; y Ley N° 28122.

RESUMEN:

La conformidad tiene objeto la ***pronta culminación del proceso a través de un auto unilateral del imputado y su defensa por medio del cual reconocerá los hechos objeto de imputación****. La consecuencia de ello es la pronta renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público. De ahí que el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna desde el momento en el que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.*

En la situación en que sean son ***varios los acusados y la confiesa abarque solo a una parte de ellos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia respecto a ellos, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos****. Si en el enjuiciamiento que se sigue surgen nuevos datos que modifican el sentido favorable de la apreciación de los hechos juzgados es posible revisar in bonan partem la primera sentencia para atenuar la pena.*

FUNDAMENTOS:

"**8º.** El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. ***La conformidad*** tiene por objeto la pronta culminación del proceso -en concreto, del juicio oral- a través de un auto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre ***es unilateral*** -no es un negocio procesal, ***salvo la denominada "conformidad premiada"*** establecida en el artículo 372", apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal- en cuanto prescribe *"... el acusado también podrá solicitar por si o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar al acuerdo sobre la pena..."*.

Además es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada - en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra-.

9º. Lo expuesto significa que, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes - ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar -. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino ***además por que 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 instrucción. Se da en este caso una "predeterminación de la sentencia".

La sentencia, en la medida que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad – sin vicios de consentimiento -, la plena capacidad – si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas - y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10°. Superado ese nivel de control, el tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentaos de hecho o de juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le ***viene impuestos al Juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes***. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptado por el acusado y

su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar los actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado - es de insistir – supone que ha quedado fijado el elemento fáctico sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos (es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal). Ello, además, provocaría una indefensión a las partes del frente al Tribunal sentenciador por introducir a un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (vinculatio facti).

Oportunidad procesal de la conformidad:

11º. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del ***periodo inicial del procedimiento del juicio oral.*** Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el periodo probatorio y, dentro el periodo decisorio, el paso del alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio - obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal-.

En atención a que unas de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación y ambos expresan negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se que dio inicio formal al periodo probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al período probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de

la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello impedir conductas fraudulentas o especulativas.

La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad de juicio:

12º. La Ley acepta la posibilidad de una ***"conformidad parcial"***. Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A Partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5ª de la Ley número 28122, estatuye que: *"Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respectos a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos..."* No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse inmediatamente.

La Ley, empero, ***autoriza de no aceptar la conformidad parcial*** cuando *"... la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral" – parte* final del citado numeral a) del artículo 5º de la ley número 28122-. La interpretación de esa frase de cara a los derechos del imputado, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución - uno de los cuales el principio de aceleramiento procesal y el otro es del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado – y a la meta del esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá un especial relevancia las características de los cargos de los objetos de dilucidación y la posición que sobre ellos adoptado las partes acusadas.

13º. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno - vinculatio facti - , de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aun cuando se trate del mismo hecho o delito – conexidad objetivo o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo-; es decir, cuando se le atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia.

Cabe puntualizar que ***en el proceso penal no existe la figura del litis consorcio pasivo necesario, pues la posición de cada imputado se considera de total independencia de los otros*** - no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual -, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se le atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles de la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se *"...afectaría el resultado del debate del juicio oral"*.

Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio:

14º. Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien la declaración de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales - aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración -, lo cierto es que no está prohibida: *"...los datos que aquel pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos"*.

Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal - Acuerdo Plenario número 2 – 2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco- como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal – artículo ciento

cincuentiocho, apartado dos -señalan las pautas para apreciar el testimonio que aquéllos puedan presentar cuando atribuyen participación criminal a otra personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar apriori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del ***testimonio del coacusado***, de naturaleza híbrida de entre la testimonial – al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado - y la declaración como imputado - en orden a sus garantías formales -, tal como ha sido definido por la Casación Italiana (Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis), ***su admisibilidad está plenamente consolidada***, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distinto del que depone.

15º. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación - entre testigo y coimputado – que es de asumir sobre el particular es el de la "alteridad" de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el estatus formal de imputado y presta declaración en esa condición, como es parte procesal, en consecuencia, el régimen jurídico de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida

una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte - han sido excluidos del ulterior juicio-: además, está protegidos por la cláusula del ne bis in idem, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse si ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera (en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad). Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

Efectos vinculantes de la conformidad:

16º. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente.

Si está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita - vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (vinculatio facti)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (vinculatio criminis y vinculatio poena) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el ***Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación***, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, ***dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción*** (principio de audiencia bilateral). Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención – completa e incompleta – o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria – por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad – o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción -que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso.-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales (en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que lesionaría su posición en el proceso), a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes (interdicción de resolver inaudita parte).

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación – sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos – y dictar una sentencia conformada, ***siempre es compatible con un control in bonan partem***, respecto del que sólo se exige audiencias a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar -a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiera indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes -control in malam partem-, sólo corresponderá denega6r la conformidad y ordenar proseguir en juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión (pena abstracta), para dosificarlos conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, aparte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal – explicable por la propia ausencia de un juicio de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan circunstancias anteriormente señaladas – que importa una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva-, vinculada a la aplicación de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º, y 25º, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17º. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4)del artículo 5ª de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que ***no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente.***

Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad- ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ – entre otros-, tiene lugar incluso en aquellos supuestos ***(1)*** En los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas; ***(2)*** De interdependencia por la conexidad probatoria – unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos, o; ***3)*** En los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos – si existe identidad- no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos (así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho).

18º. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir cómo corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto

materiales como procesales- variar la tipificación del hecho o tener en juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si sabe extender esa decisión, en caso que sea más favorable que la sentencia conformada, para "mejorar" la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322° del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: *"Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten".*

Si , en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición -ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones –ante la regulación en el caso de los imputados conformados y no conformados, no solo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o ratio legis-; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322° del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar respuesta atenuatoria –basada en el favor rei- a todos los procesos que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable –que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación a la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: una igualdad esencial, de imprescindible concurrencia es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican el sentido favorable de la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento la repuesta contra copartícipes) debe existir una misma respuesta.

Por lo expuesto, es de concluir que ***no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar in bonan partem la primera sentencia para atenuar la pena.***

Conformidad y confesión sincera:

19º. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal para el delito cometido, tal como lo estatuye, el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales (dice, en lo pertinente, el citado precepto; *"...La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso..."*), genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la "conformidad procesal", en tanto que el texto del artículo 5º.2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a *"... la confesión de acusado..."*.

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatorio del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede de garantía) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad – comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la investigación a los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según en la etapa procesal que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos ***elementos materiales:***

a. El reconocimientos de los hechos; una declaración de ciencia a través del cual el acusado reconoce su participación en el delitos o delitos que se le hayan atribuido en la acusación.

b. La declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consiente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídicos penales y civiles derivadas del delito.

20º. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario-, lo relevante en el presente caso consiste, de una lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5º.2 de la Ley número 28122 y del artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá la pena atenuada.

En cuanto al primer punto, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario-, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad-, permitirá apreciar confesión -conforme al artículo 136º del Código de Procedimientos Penales – si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral

acogiéndose a la conformidad (aunque será del caso relativizar su entidad atentatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera -con mayor o menos nivel de profundidad- el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia).

Respecto al segundo punto, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio de consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera (véase la concordancia de los artículos 161° y 471° del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales).

21°. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevantes para efectos de la investigación de los hechos (la ley, en estos casos, premia a aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso), a la par de la evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamientos jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión sincera, que equivale a una admisión *(1)* Completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó; *(2)* Veraz – el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado; *(3)* Persistente – uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente; *(4)* Oportuna – en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación, a la que aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada.; *(5)* Su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado al momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener un relativo o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona-, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o la puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos-. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal (a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue). Es más, el artículo 1°, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la policía está autorizada a recibir manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales, prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas acabo con intervención del Ministerio Público, será apreciados conforme al artículo 283° del citado Código.

22°. Si, como se ha dejado sentad, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acogen a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del

nuevo Código Procesal Penal (es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente todo el territorio nacional). Dicha norma prescribe: "El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión".

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número 28112, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad- entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos – el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva-, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal , legislativamente aceptada , determina una respuesta menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan acabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de la colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de la reducción de la pena, sin perjuicio de la reducción, que de presentarse acumula al primero.

23°. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. ***No es lo mismo culminar a la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena que puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.***

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de la terminación anticipada (artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal) constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal – luego de haber determinado el marco penal abstracto (pena abstracta) y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos -, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un puntaje menor. Así las cosas podrán graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal." (Sic.)

236

§236. Desvinculación procesal

Acuerdo Plenario	4-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 263º, 273º y 283º-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8º al 12º

RESUMEN:

Si bien es inmutable el hecho punible imputado, ***es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate o justifique la imposición de una medida de seguridad****, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.*

FUNDAMENTOS:

"8°. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273° y 263° del Código Ritual-, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e

impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298°, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285°-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar -aunque sí, degradar- el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

9°. Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción –referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate-.Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate.

10°. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven –de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- la responsabilidad del acusado [ello no significa

una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal –conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285°-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate –las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar-. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo.

11°. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación- la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición

de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.

Las denominadas "circunstancias modificativas" son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible –el título de imputación- también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

En ambos casos el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina "plantear la tesis de desvinculación"-, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

12°. Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario-, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorpró ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso- y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía-, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio iura novit curia- han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos.

Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aún cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio iura novit curia], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes."

237

§237. Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales

Acuerdo Plenario	5-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre de 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 205°, 206°, 210° y 318 al 322 del ACPP.; 2° y 3° del D.Leg. N° 125; D.Leg. N° 959; y 1° de la Ley N° 26641.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 13°

RESUMEN:

*Son **presupuestos materiales para la declaración de contumacia** en la etapa de enjuiciamiento: primero, **que el acusado presente sea emplazado debidamente con la citación a juicio**, para lo cual se entenderá que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz; segundo, **que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada**; y, por último, **que el acusado persista en la inconcurrencia** al acto oral. Es tras este supuesto que se hará efectiva la emisión del auto de declaración de contumacia y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.*

FUNDAMENTOS:

"7°. El artículo 139°, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula PICO I JUNOY, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales –notificaciones, citaciones y emplazamientos-, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 54]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación.

8°. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3°, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia.

El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio- sin la necesaria presencia del acusado[en este sentido, el Código –acota GIMENO SENDRA- llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual 'nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído', interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la 'última palabra': *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2004, página 215].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa

una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.

9°. El citado artículo 3° del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa ***contumaz***: *"Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal"*.

A estos efectos, el artículo 1° de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa ***resolución*** judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz- ***sólo se dictará desde que***: *"...existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso..."*.

10°. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2° de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1° de la Ley número 26641, sólo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehuye el proceso –concretamente, la instrucción- para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en

los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014-2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021—2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.4.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.

11°. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso.

Prescribe al respecto el artículo 210° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: *"...Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318° al 322° del Código de Procedimientos Penales".*

12°. Siendo así, son ***presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento***: ***a)*** Que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 8.8.2005]; ***b)*** Que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, ***c)*** Que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre

esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.5.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de "persistencia" en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

13°. Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado –en todo caso, una medida de coerción personal más intensa-, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 8.7.2002, si el juez rechaza indebidamente la recusación – al margen de la ley procesal-, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.8.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y

reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo- dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aún cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes-, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fina a la instancia o al proceso –vid.: apartado dos del artículo 33° del Código de Procedimientos Penales-, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa- clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta."

238

§238. Límites de la variación la imputación en la acusación formulada en el Juicio oral y en la sentencia final

Casación	234-2017-LA LIBERTAD
Fecha	22 de agosto de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	art. 387 del CPP

RESUMEN:

El principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal en la requisitoria oral debe mantener los hechos básicos. Están prohibidas las alteraciones esenciales, no meramente formales. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del Código Procesal Penal.

Al tribunal corresponde valorar la prueba practicada y en consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siendo el límite que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429°, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas:

Primero. Los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radiocléctrico (artículos 185° y 186°, numeral 7, del Código Penal).

Segundo. La existencia o no de una prueba ilícita en relación con la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.

Tercero. La correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación con el principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.

Cuarto. La presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186°, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado Rebaza López cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio.

No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislador. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como «aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radiocléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras

para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala» (Salinas Siacha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85J.

El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radiocléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.

El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente «toma para si» -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar hondas sin la autorización del Estado.

Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego, toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.

Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de «ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta» se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO. Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación con la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Camón la medida de allanamiento e incautación, requerimiento que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821 -2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece.

En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Camón- La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado Rebaza López. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.

Es verdad que en la parte resolutiva solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutiva- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo. En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor Egoavil Sobrevilla, con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.

Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86º y 96º-98º, en concordancia con el artículo 77º, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis

de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaría-.

Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional).

Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: «no siempre es posible saber quién es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo» (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis). Incluso el error en el numero de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado -así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutiva pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional.

El motivo debe desestimarse.

CUARTO. Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:

1. La acusación escrita de fojas noventa y siete, en su Sección II "Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado", puntualizó

que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara – distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor Edgar Egoavil Sobrevilla, en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado Rebaza López.

2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación –en el alegato de apertura o preliminar– de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado Rebaza López era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).

3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación "...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como

propietario al acusado". Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.

QUINTO. Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita –los hechos básicos– (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) –está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)–. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.

En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción –indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos–, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia –que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva– o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) –siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias "contra reo" sean asumidas por la fiscalía–.

Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado Rebaza López tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar –muchos años atrás–, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatoria, no es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el

Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia –lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)–.

Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.

SEXTO. Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:

1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución Directoral número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a "prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización" y la segunda se circunscribió a "prestación de frecuenta del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización".

2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fojas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.

3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado Rebaza López –no se probó que era propietario de la estación intervenida– y sancionó, por el contrario, a Luis Alberto Pereda Carbajal, quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.

SÉPTIMO. Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal –este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]–, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia –la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme–.

La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrador es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados –distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al "ne bis in ídem" será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos "unidad de fundamento" o de bien jurídico tutelado–.

OCTAVO. Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado Rebaza López tenía el control de la estación concernida al momento de la intervención administrativa, según los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con Luis

Alberto Pereda Carbajal –de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno– por no ser conforme con la legislación sobre la materia.

La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado Rebaza López era propietario de la estación intervenida –los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas–. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.

NOVENO. Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.

Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal –según los casos–. Pereda Carbajal aceptó esa calidad en sede administrativa –fue sancionado y no impugnó la multa impuesta–; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida –así fluye de los escritos anexos al escrito de fojas doscientos cincuenta y dos, auto de fojas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional–. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado Rebaza López tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente –él o a través de otras personas a su servicio– el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.

El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433 numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fisca

239

§239. Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito

Casación	159-2011-HUAURA
Fecha	22 de mayo del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 123°.1 y 395° del NCPP. y el art. 139°.5 de la Const.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.11° y 3.12°

RESUMEN:

El nuevo modelo procesal penal ***no extingue la obligación de presentar, debidamente documentadas, las resoluciones judiciales por escritos****; salvo algunas excepciones. Todo esto sin perjuicio de ser oralizadas en su momento.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

3.11 El nuevo modelo procesal penal, no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas: sino más bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito (que se halla normativamente limitado - referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos-), tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de los escrito.

3.12 Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias (los autos), han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once

diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once con la precisión hecha en el numeral décimo tercero de dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional número sesenta y uno guión das mil nueve. Ya referido[180].

[180] El ponente estima que todas las resoluciones trascendentes deben escribirse o transcribirse para el control por los usuarios directos y los interesados indirectos de modo mediato o con posterioridad por seguridad jurídica.

240

§240. Inconcurrencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral

Recurso de nulidad	4040-2011-LIMA
Fecha	29 de noviembre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Neyra Flores, Tello Gilardi y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Art. 396° del NCPP.

RESUMEN:

La audiencia de lectura de las cuestiones de hecho y de sentencia representa un acto de notificación de la decisión adoptada, de manera tal que ***no requerirá la presencia del acusado si es que éste ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio****, ejerciendo su derecho de defensa. Con esta interpretación no se viola en absoluto el respeto a los derechos y garantías constitucionales del acusado, pues la actuación probatoria ya fue realizada en igualdad de armas, con presencia del acusado y su abogado defensor. En este sentido,* ***no podrá quebrarse el juicio oral por inconcurrencia del acusado a la audiencia de lectura de sentencia.***

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO:** Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debe dejarse establecido que si bien el Colegiado Superior sancionó la inconcurrencia del procesado Contreras Baldeón a la sesión de audiencia en la que se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia recaída en el proceso que se le siguió, y que ello acarreó que se declarara quebrado el juicio oral, sin embargo, cabe indicar que dicho procedimiento resulta totalmente perjudicial para el proceso mismo –con la declaración de quiebre que retrotraerá todo a un estadio inicial

del acto oral-, y lo convierte en ineficiente, pues debe tenerse en cuenta que si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, y su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces, la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues la situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos –de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus argumentos ya sea por el mismo o su abogado defensor- ha preservado –y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional- el respecto a sus derechos y garantías constitucionales –de debido proceso y de defensa: en tal sentido, la lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria y esta se realizó en igualdad de armas y con presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaración del quiebre del juicio oral, sino que pudo proseguirse con el acto oral en el estado que se encontraba –así incluso lo habilitó el Código Procesal Penal de dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventa y seis señala "...que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el desarrollo del proceso penal)-: tanto más si –por las consideraciones expuestas- no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente; en consecuencia, en lo sucesivo las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal deberán ser tomadas en cuenta por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia de nuestro país como Precedente Vinculante normativo, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales". (Sic.)

241

§241. Desvinculación de la acusación: modificación de la calificación penal en el delito de colaboración terrorista

Recurso de Nulidad	1450-2005-LIMA
Fecha	31 de agosto de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 285º-A del ACPP., y 4º del Decreto Ley 25475.

RESUMEN:

El delito de colaboración genérica consiste en el favorecimiento al conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista. En el presente caso, si bien el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico de colaboración terrorista en las que no encuadran, es cierto que podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica, por lo que ***se considera adecuado que, en virtud a la desvinculación de la acusación, se haga uso de la facultad que se le confiere al juzgador en el apartado dos del art. 285º-A del Código de Procedimientos Penales.***

FUNDAMENTOS:

"Que es de precisar que el tipo penal previsto en el artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, castiga supuestos de colaboración genéricas –más allá que, luego del primer párrafo, la norma penal identifique concretos supuestos de colaboración-, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista –como Sendero Luminoso-, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus

miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá más difícilmente –o, en determinados casos, les sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa –el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo-.

Que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito, cuyo primer párrafo castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración –identificados en el párrafo siguiente-, en la medida en que –de cualquier modo- favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

Que si bien es cierto el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico, incorporado en el literal b) del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, que sólo recoge los actos de cesión o utilización de alojamiento de elementos terroristas y los de depósito de bienes a favor de la organización terrorista, el mismo que no se encuadra en la conducta que se imputa a alguno de ellos, aunque podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica previstas en el primer extremo del párrafo inicial del artículo cuatro antes citado o, en todo caso, en función a la prueba actuada, delito de asociación terrorista –que sería de rigor tener presente con arreglo a la jurisprudencia consolidada de esta Suprema Sala-, a cuyo efecto sería menester que en el momento procesal oportuno se haga uso de la facultad que el apartado dos del artículo doscientos ochenticinco - A del Código de procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, confiere al juzgador." (Sic.)

242

§242. Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos

Recurso de Nulidad	2206-2005-AYACUCHO
Fecha	12 de julio de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar
Disposiciones Estudiadas	Arts. 136°, 281° y 301°-A del ACPP., y 5° de la Ley 28122.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3°

RESUMEN:

Una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en no más de 48 horas, bajo sanción de nulidad. En ello ***no es posible plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo 281° del Código de Procedimientos Penales****, ya que esto presupone una audiencia presidida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria para verificarlas afirmaciones de las partes, que es lo que precisamente no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal.*

FUNDAMENTOS:

"Que la Sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el articulo cinco de la ley numero veintiocho mil ciento ventidos, que autoriza la ***conclusión anticipada del debate oral*** si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o participe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.

Que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate

oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por rnás de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad.

Que en estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, ***no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho*** a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no sólo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probataria realizada para verificar -rechazando o aceptando- las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal." (Sic.)

243

§243. Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpretación de los artículos 1º-5º de la Ley Nº 28122

Recurso de Nulidad	1766-2004-CALLAO
Fecha	21 de setiembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Barrientos Peña, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 1º al 5º de la Ley 28122.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º y 4º

RESUMEN:

La conclusión anticipada de la instrucción judicial y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral se caracterizan por que ***ambas están vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal****. No obstante, se diferencian en que* ***en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso****, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral;* ***lo que no es requisito cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial****, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos y se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales para ello, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera.*

FUNDAMENTOS:

"Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria.

Que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos.

Que la ***conclusión anticipada de la instrucción judicial*** se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable.

Que, empero, en el caso de la ***conclusión anticipada del debate oral*** se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco -precisamente por, tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en, orden al delito objeto de acusación, o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que

por tal expresión, a estos solos efectos – aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley.

CUARTO: Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal, y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida.

Que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa (se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida), no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación.

Que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse ***"sentencia anticipada"***, ***producto de una confesión del acusado*** en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, ***y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal*** y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad."

13. SENTENCIA PENAL

244

§244. Motivación escrita de resoluciones

Acuerdo Plenario	6-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const. ; 120°, 123° y 361° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Constitución, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la ***obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho y debidamente razonada tanto en lo que corresponde en la apreciación (interpretación y valoración) de los medios de investigación o de prueba, como en la interpretación y aplicación del derecho objetivo.***

Por excelencia la motivación se manifiesta de forma escrita. Sin embargo, ***las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación****, puesto que también se encuentran debidamente reguladas. A pesar de ser orales permiten a la perfección controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; hacer patente el*

sometimiento del juez al imperio de la ley; lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial; así como garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores.

En tanto la resolución oral se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere sea objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

6°. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139°, que en pureza recoge las principales garantías–derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: **a)** la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139°.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, **b)** el debido proceso (artículo 139°.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la

Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículo 139°. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2).

7°. El artículo 123° NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto –entendido desde una perspectiva material– en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (vid.: artículos 394°–396°, 425°, 431°.4, 468°.5, 477°.4 y 484°.6 NCPP)–.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125°1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361° NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361°.1 NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable–. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

8°. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre (1) principios del proceso –que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento– y (2) principios del procedimiento –que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia– [VICENTE GIMENO SENDRA: *Introducción al Derecho Procesal.* Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP–, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA: Ibidem, p. 385], según se advierte de los artículos 349° y 350°.1 NCPP.

Oralidad y resoluciones orales o verbales:

9°. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71°.4, 266°.2, 271°.1 y 2, y 343°.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2°.5, 2°.7, 8°, 15°.2.c), 34°.2, 74°.2, 75°.2, 76°.1, 91°.2, 102°.1y2, 203°.2, 203°.3, 204°.2, 224°.2, 224°.3, 225°.5, 228°.2, 229°, 231°.4, 234°.2, 245°, 254°.1, 274°.2, 276°, 279°.2, 283°, 293°.2, 294°.1, 296°.1, 296°.2, 296°.4, 299°.2, 301°, 305°.2, 319°.c), 334°.2, 352°.1, 450°.6, 451°.1, 453°.2, 478°.1 y 3, 480°.1, 480°.2.b), 480°.3.b), 484°.1, 3 y 6, 486°.2, 491°.2, 491°.3, 491°.4, 491°.5, 492°.2, 521°.3, 523°.6, 544°.3, 557°.4 NCPP: "...*de forma inmediata o dentro de* [...] *días después de realizada la audiencia*). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: *hasta dentro de* [...] *horas o días después de realizada la audiencia* (artículos 45.2°, 468°.1 y 5, 477°.3, 420°, 424°, 431°.2, 521°.4, 526°.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: *la resolución se emitirá en el plazo de* [...] *días*: 255°.3, 345°.3, 493°.3, 539°.2, 543°.1, 544°.3, 563°.2, 557°.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal.* 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas "audiencias preliminares", fuera de la audiencia principal o

de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

10°. Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120° y 361° NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP –principio de legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8°) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte.* Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

Motivación de las resoluciones:

11°. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: **1)** En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. **2)** En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación (*i*) de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y (*ii*) de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun

faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152° y siguientes del NCPP–).

Por otro lado, los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo.

12°. En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad –decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso–, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. **2.** Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto. **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución–.

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté

razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura–.

13°. El artículo 139°.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: **1.** Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2.** Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. **3.** Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. **4.** Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna." (Sic.)

245

§245. Vulneración del debido proceso por manifiestos defectos en la motivación externa

Casación	618-2015-CUSCO
Fecha	19 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 429 del CPP

RESUMEN:

La valoración de elementos de prueba no ofrecidos y por tanto no admitidos implica una efectiva afectación al Debido Proceso y a la Debida motivación en su vertiente de falta de justificación externa. El no ofrecimiento de un elemento de prueba por parte del Ministerio Público únicamente puede ser entendido en sede suprema como inutilidad en su capacidad probatoria y no como una mera equivocación del órgano fiscal.

FUNDAMENTOS:

VI. Consideraciones Preliminares

DÉCIMO CUARTO.- La garantía de la presunción de inocencia, como regla de juicio, implica que la resolución que impone una sanción penal debe contener prueba completa de la responsabilidad del acusado. La atribución de responsabilidad penal requiere, mínimamente, la sustentación de la ocurrencia de los hechos materia de juzgamiento y de su vinculación con los imputados. Ello debe verse necesariamente expresado en la motivación de la sentencia.

DÉCIMO QUINTO.- La debida motivación de una sentencia exige que exista; a) Fundamentación jurídica, esto es, la valoración pertinente y completa de las cuestiones de Derecho aplicables al caso. No es suficiente la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que implica la expresión de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) Suficiencia, vale decir que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

DÉCIMO SEXTO.- Empero, no todo defecto de motivación implica automáticamente una afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, así el Tribunal Constitucional ha delimitado los supuestos que implican su efectiva afectación[2], quedando 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 que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo consistente, las razones en las que se aporta 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 táctica 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.

e. La motivación sustancialmente incongruente. El Derecho a la 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 en sede constitucional. 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, constituyes vulneración del Derecho a la tutela judicial y también del Derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

DÉCIMO SÉTIMO.- Finalmente, tanto la ocurrencia del hecho incriminado como la vinculación de los imputados debe encontrarse debidamente motivada independientemente, es decir, la ocurrencia del hecho incriminado deberá contar con fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y expresar suficientes justificación de la razón adoptada, así también, al sustentar la vinculación del imputado se deberá observar dicha estructura. De igual manera, tanto en la motivación del hecho incriminado como en su vinculación con el imputado se deberá evitar los supuestos de efectiva afectación a la debida motivación, conforme se precisó en el fundamento décimo quinto.

PRONUNCIAMIENTO CASATORIO.-

A. De los defectos de motivación alegado por la parte recurrente

DÉCIMO OCTAVO.- El recurrente Guido Esquivel Quispe, en su recurso de casación a fojas 374 del cuaderno de debate, cuestiona directamente la motivación respecto a la imputación específica que recae en su contra, alega al respecto que:

i) No se realiza correcta motivación respecto a los hechos que se le imputan, únicamente de manera genérica se señala que ha amenazado con un desarmador a los agraviados, no se estudió detalladamente los hechos y su vinculación con los acusados;

ii) Se debió explicar de qué manera el accionar que se le atribuye resultó determinante para que se perpetre el robo que se le imputa, pues para ser autor o cómplice primario se debe tener dominio, haber actuado con acuerdo previo y ver si existió o no subordinación, lo cual debe ser materia de prueba;

iii) Este cuestionamiento fue realizado al momento de interponer su recurso de apelación pero la Sala Superior omitió pronunciarse al respecto.

iv) Debe subsanarse dicho error y realizar un correcto análisis de los motivos por los cuales fue considerado un coautor del delito imputado.

Los agravios alegados se encuadran en dos posibles defectos de motivación: **i)** Motivación insuficiente, al no haberse sustentado los motivos que acreditan la participación a título de coautor; y, **ii)** Motivación incongruente, al no haber dado respuesta a este agravio a pesar de haber sido invocado en su recurso de apelación.

DÉCIMO NOVENO.- Conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo tercero, de modo resumido, se extrae de la conducta genérica imputada, que el encausado Guido Esquivel Quispe participó, junto a otras siete personas, en la sustracción de los bienes pertenecientes a Fabricio Soncoo Figueroa, Kevin Ernesto Soncco Gamarra y Favio Paul Samanez Serrano, la conducta especifica imputada es haber portado un desarmador y con ello amedrentar a los agraviados mientras los demás intervinientes despojaban a los agraviados de sus pertenencias.

VIGÉSIMO.- La Sala Superior, al responder a este cuestionamiento, en el apartado octavo, del fundamento jurídico segundo, de la sentencia de vista, precisó que:

> (...) en la venida en grado aparece haberse considerado a los tres imputados en el presente como coautores, en el entendido que han procedido con una decisión común para tomar parte en la ejecución de la conducta delictiva, obrando además con dominio funcional, lo que se especifica en la declaración de los agraviados, precisando al respecto Kevin Soncco Gamarra que [eran ocho personas, entre esas personas estaban las tres personas – imputadas – en el que Jhonatan me amenazó para quitarme el celular pero antes una persona de casaca azul ya me había quitado el celular y empezó a amenazar con su destornillador porque creía que no quería darle, pero Ronald y Guido estaban en el grupo para asustarnos y eran hartos]; consecuentemente, cada uno de los imputados ha tenido dominio funcional de los hechos con una evidente unidad de decisión delictiva."

De lo transcrito se advierte que la posible afectación a la debida motivación en su vertiente de motivación incongruente, no tiene la Sala Superior respondió en la sentencia de vista a los cuestionamientos esbozados por el recurrente.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En cuanto a la alegada afectación a la debida motivación en su vertiente de motivación insuficiente, al no haberse sustentado los elementos que constituyen la institución jurídica de la coautoría, conforme lo transcrito en el párrafo anterior, la Sala Superior consideró que no era relevante dicho cuestionamiento pues de la propia imputación se infiere la existencia de dominio funcional y una evidente unidad de decisión delictiva. Empero, también es cierto que no se emplea un apartado específico para motivar dicho extremo de la imputación, pues la explicación dada por la Sala Superior es de carácter genérico, pues no establece una vinculación entre los fundamentos de hecho (conducta específica) y los fundamentos de derecho en cuanto a la figura de la coautoría.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Conforme lo visto se advierte una deficiencia de motivación en la sentencia de vista, empero, de conformidad con el artículo 432, inciso 3 del Código Procesal Penal, los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad y corresponde a esta Sala Suprema corregirlos en la Casatoria.

VIGÉSIMO TERCERO.- La coautoría, para su configuración como categoría específica de intervención delictiva exige la acreditación de ciertas características, el dominio funcional compartido, conforme la jurisprudencia emitida en esta Suprema Instancia se acredita con: i) La decisión común; ii) Un aporte esencial; y, iii) Tomar parte de la fase de ejecución del acto delictivo.

VIGÉSIMO CUARTO.- La decisión común, al tratarse de un aspecto volitivo, es susceptible de deducción antes que de prueba, de la conducta imputada a Guido Esquivel es evidente que la conducta, en los términos imputados está orientada por una intención común de lograr la apropiación de los bienes de los agraviados. En cuanto al aporte esencial, este sé considera como tal no solo cuando sea condicionante para la consecución del hecho sino también cuando materialmente resultó necesario para la consecución del mismo. La esencialidad del aporte debe ser determinado ex ante y no ex post, es decir, un aporte resulta esencial cuando es importante para la consecución del hecho delictivo aunque posteriormente se determine que no era necesario. Finalmente, respecto del momento de su participación, al desempeñar el elemento típico de amenaza (utilizando para ello un desarmador) en contra de los agraviados es indiscutible que su aporte se dio en la fase ejecutiva del delito.

VIGÉSIMO QUINTO.- En conclusión, de un análisis entre la conducta específicamente imputada al recurrente – conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo noveno – y las características necesarias para la atribución de participación a título de coautor existe una correspondencia de carácter lógico, que si bien fue deficientemente motivada por la Sala Superior, no afecta el sentido final de la Sentencia, por tanto, no corresponde declarar, en este extremo, la nulidad de la sentencia de vista.

B. Defectos de motivación advertidos de oficio por esta Suprema Sala

VIGÉSIMO SEXTO.- Conforme lo establece el artículo 432, inciso 1, del Código Procesal Penal, esta Suprema Corte es competente para pronunciarse no solo de los extremos cuestionados por el recurrente, si no también es competente para pronunciarse respecto de cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier instancia del proceso. Interpretado en concordancia con el apartado d, del artículo 150, del Código Procesal Penal, los supuestos de nulidad absoluta, relativos a la inobservancia del contenido esencial de los Derechos y garantías previstos por la Constitución, no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- De una revisión de la motivación general realizada en la sentencia de vista, en el apartado décimo tercero, del fundamento jurídico segundo, se precisó que:

> "(...) Finalmente, en cuando a la nulidad de puro Derecho por no haberse confirmado las Actas de Incautación y Registro Personal de los imputados; de la revisión de los autos y tal como fluye del texto de la sentencia materia de grado, no aparece haberse actuado como prueba el acta de incautación ni el registro persona [resaltado nuestro], sin embargo, la información de la incautación y lo encontrado en el registro personal por los efectivos policiales en la comisaria, aparece que ha sido incorporado por las declaraciones de los agraviados (...)"

Expresamente la Sala Superior admite que no se actuaron como medios probatorios ciertos elementos de convicción recabados durante la etapa de investigación.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Una revisión del requerimiento acusatorio -a fojas 02 del cuaderno de requerimiento de acusación- instituye que únicamente se ofrecieron para su actuación en audiencia pública de juicio oral, las declaraciones

testimoniales de los agraviados Fabricio Soncco Figueroa, Kevin Ernest Soncco Gamarra y Favio Paul Samanez; las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Federico Rodríguez Barazorda, Federico García Fernandez y Luis Armando Colquehuanca; las declaraciones de los peritos psicólogos Verónica Rozas Chamorro y Zoraida Calatayud Hermoza. Como pruebas documentales una declaración jurada y un acuerdo de prestación de servicios de comunicaciones para acreditar la preexistencia de los bienes sustraídos a los agraviados. Ello se condice con el Auto de Enjuiciamiento -a fojas 62 del cuaderno de requerimiento acusatorio- pues estos fueron los únicos medios probatorios propuestos y admitidos para su actuación en juicio oral.

VIGÉSIMO NOVENO.- Al inicio del juicio oral, conforme el acta de audiencia de juicio oral – a fojas 87 del cuaderno de debates – no se realizó ofrecimiento de nuevas pruebas. Durante el desarrollo del juicio oral se tiene que se actuaron: **i)** Las declaraciones testimoniales de los agraviados Kevin Ernest Soncco Gamarra y de Favio Paul Samanez -acta de juicio oral a fojas 104 del cuaderno de debates debido a la reiterada inconcurrencia del agraviado Fabricio Soncco Figueroa se procedió a la lectura de su declaración preliminar – acta de juicio oral a fojas 110 del cuaderno de debates; **ii)** Las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Federico Rodríguez Barazorda -acta de juicio oral a fojas 135 del cuaderno de debates Luis Armando Colquehuanca – acta de juicio oral a fojas 119 en cuanto a Federico Garcia Fernandez se prescindió de su declaración por su reiteradas inasistencia- acta de juicio oral a fojas 145 del cuaderno de debates-; **iii)** La declaración de la perito Zoraida Calatayud Hermoza -acta de juicio Oral a fojas 111 del cuaderno de debates- en cuanto a la declaración de la perito Verónica Rozas Chamorro se prescindió de ella por sus reiteradas inasistencias -acta de juicio oral a fojas 120 del cuaderno de debates-; y, **iv)** Finalmente se oralizó como documentales declaración jurada y un acuerdo de prestación de servicio de comunicaciones.

TRIGÉSIMO.- Conforme se precisó en el fundamento décimo sexto de la presente sentencia, un supuesto de efectiva afectación a la debida motivación es la deficiencia en la motivación externa. En el ámbito penal, esta se configura cuando las premisas de las que parte un juez para dar por acreditado un hecho delictivo no puede ser confrontado con elementos tácticos -por su inexistencia material-o elementos jurídicos -por su inexistencia en el ámbito jurídico.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En la sentencia de primera instancia, en su fundamento jurídico décimo sexto, consideró como hechos probados: i) Al inculpado Jhonatan Quise Farfan se le encontró en poder de un desarmador; ii)

Al inculpado Jhonatan Quispe Farfan se le halló en poder de varios celulares que no era de su propiedad; iii) Al imputado Ronald Mercado Tecsi se le encontró dos celulares.

Todos los hechos precisados en el apartado anterior, los cuales son asumidos por como hechos probado por el juzgador, tanto en primera como segunda instancia, en realidad son datos cuya corroboración no es posible pues no existen elementos jurídicos -medios de prueba- que hayan sido ofrecidos, admitidos y actuados válidamente en los cuales se puedan sustentar dichas afirmaciones. Ello implica una efectiva afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, en su vertiente de justificación externa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- A efectos de justificar esta afectación, el juzgado Penal, en el fundamento jurídico décimo sexto, afirma que el efectivo Policial Federico Rodríguez, tuvo a la vista el acta de registro personal, asumiendo con ello la actuación de dicho actos de investigación, mientras que la Sala Superior, en el apartado catorce, del fundamento jurídico segundo, de la Sentencia de vista, asevera que el acta de intervención policial y las actas de registro personal fueron incorporados mediante las declaraciones de los menores agraviados, Sin embargo, de una revisión de todas las actas de juicio oral, que constan en el expediente no se consigna, en las partes pertinentes las declaraciones testimoniales actuadas, que se haya dado lectura alguna de algún documento y tampoco consta en el expediente grabación de los audios de las audiencias de juicio oral que permita corroborar esta afirmación.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Inclusive si se tomara como cierta dicha afirmación vertida en ambas instancias, ello implicaría que durante el juicio oral se introdujo un elemento de prueba que no fue propuesto ni admitido en las etapas procesales pertinentes, el cual llegó a formar parte de la valoración probatoria. Dicha situación se encuentra expresamente proscrita en el inciso 2, del artículo 383 del Código procesal Penal la que establece todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor. Desde esa perspectiva, el irregular proceder de primera instancia, reafirmado en segunda instancia, se constituye en una grave afectación a la garantía constitucional del debido proceso.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Finalmente, los hechos imputados por el representante del Ministerio Público son principalmente, primero, los agraviados fueron interceptados por ocho personas; segundo, estas ocho personas-entre los cuales se entraban los encausados Ronald Mercado Tecsi, Jhonatan Fárfan y Guido Esquivel Quispe- los amenazaron y despojaron de ciertos bienes (celulares y saco

de vestir); tercero, para amenazar a los agraviados algunas de las ocho personas utilizaron desarmadores.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Una debida motivación en la imposición de una sanción penal implica sustentar tanto la ocurrencia del hecho como su vinculación con los imputados. Realizando un análisis desde la perspectiva de la vinculación de los procesados con los hechos, basándose en las pruebas actuadas durante el juicio oral-conforme se precisó en el fundamento jurídico vigésimo noveno-, en puridad se cuenta con las declaraciones de dos de los agraviados, respecto de las cuales no se actuó ningún medio probatorio de carácter objetivo que permita sustentar la sindicación realizada por los agraviados. En consecuencia, el segundo y tercer hecho postulado por la fiscalía–en correspondencia a lo precisado en el apartado anterior- carece de sustento probatorio alguno.

Respecto de los demás medios probatorios actuados, las declaraciones de los efectivos policiales únicamente precisan hechos ocurridos después del delito de robo agravado, de igual manera, la perito psicólogo únicamente aportar información respecto a la situación emocional de los agraviados empero no aporta ningún dato extra entorno a la vinculación de los procesados con los hechos que se imputan y las documentales actuadas-declaración jurada y acuerdo de prestación de servicio de comunicaciones- únicamente acreditan la preexistencia de los bienes pertenecientes a los agraviados, ergo, ninguno de los demás medios probatorios actuados aportan datos objetivos que vinculen a los imputados con los hechos que la fiscalía postula.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Tenemos por tanto que la efectiva afectación a la debida motivación y al debido proceso implicó una inobservancia de constitucionales, siendo un supuesto de nulidad absoluta –artículo 150 del Código Procesal Penal- el cual, al tratarse de una irregularidad que puede ser advertida de oficio, en una interpretación coherente con el artículo 432, inciso 1, del mismo cuerpo normativo, habilita la competencia de esta Suprema Sala.

TRIGÉSIMO SÉTIMO.- Considerando que corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal, el deber de probar su imputación, tenemos que el no ofrecimiento de los elementos de prueba obtenidos durante la etapa de investigación -en el caso concreto actas de registro personal y actas de incautación- es su exclusiva responsabilidad, por tanto, no existe sustento para que los efectos de su omisión sean sufridos por los procesados, quienes afrontaron el proceso penal inclusive estando privados de su libertad, más aún cuando el propio representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, es quien debe, inicialmente, formarse convicción respecto de la responsabilidad penal, y

es el primer encargado de seleccionar los elementos probatorios pertinentes. Para generar la misma convicción en el Juez, su decisión de no ofrecer determinados medios de prueba no puede, por tanto, generar la presunción de un error de la parte acusatoria, por el contrario, genera certeza respecto de la inutilidad de dicho elemento de prueba para generar convicción en el juzgador. El mismo supuesto es aplicable a la parte Juzgadora quien, de conformidad con el artículo 385, inciso 2, del Código Procesal Penal, pudo incorporar de oficio nuevos medios probatorios, iniciativa que no fue adoptada.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Respecto de la situación jurídica de los encausados Ronald mercado Tecsi y Jhonatan Quispe Farfan si bien sus recursos fueron desestimados por su inasistencia a la audiencia de Casación, persistieron hasta esta etapa sus cuestionamientos en torno a la debida motivación de la sentencia de vista. En estricta aplicación del artículo 408, inciso 1, del Código Procesal Penal, el cual establece que cuando un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales, en consecuencia, los efectos derivados de los argumentos estructurados en los fundamentos jurídicos vigésimo sexto al trigésimo sétimo, al no fundarse en condiciones exclusivamente personales del encausado Guido Esquivel Quispe, son de aplicación extensiva a la condición jurídica de todos los encausados.

246

§246. Efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal

Casación	1027-2016 -ICA
Fecha	13 de febrero de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	139,13 del Constitución Política.

RESUMEN:

La cosa juzgada civil en determinados casos, por expreso mandato legal del Código Penal no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, erga omnes, a sujetos no litigantes, frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, el cual exige un hecho penalmente relevante lo cual no ocurre si éste fue declarado lícito previamente.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la institución de la cosa juzgada ha sido incorporada en la Constitución como una garantía específica integrada a la garantía genérica de tutela jurisdiccional y, en su consecuencia, del *ne bis in ídem* (no dos veces sobre lo mismo) —efecto o función negativa de la cosa juzgada—. El artículo 139, numeral 13, de la Constitución estipula, con carácter general, que está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

La Constitución garantiza, de este modo, el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas —es uno de elementos que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional (STCE 119/1988, de 20 de junio)—. Si la cosa juzgada fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso y, además, se vulneraría la legalidad penal, integrada al debido proceso [GIMENO SENDRA. *Derecho Procesal Penal*, 2015, pp. 844-845].

Procesalmente la cosa juzgada se erige en un impedimento procesal, desde su efecto o función negativa: *ne bis in ídem* —respecto del efecto o función positiva, prejudicial, la cosa juzgada impide que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme—. Si está presente no tiene sentido un proceso con la meta de lograr una sentencia de mérito. El presupuesto procesal —versión positiva del impedimento procesal— importa una circunstancia o una condición de admisibilidad para alcanzar una sentencia material; no está comprendida en la cuestión de la culpabilidad y, por ende, pertenece al derecho procesal [VOLKS, KLAUS. *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal,* 2016, pp. 208 y 2013].

SEGUNDO. Que el artículo 79 del Código Penal instituye uno de los supuestos de eficacia o función refleja de la cosa juzgada —desde luego, de la cosa juzgada civil al proceso penal—. Dispone la citada norma que: "*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*". La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal —del Código Penal específicamente—, no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, erga omnes, a sujetos no litigantes (extensión *ultra partes* de la cosa juzgada), frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad —como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal— está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, que corno es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declaró lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La *autorictas iudicati* sobre cuestiones de hecho son pues factibles [CARNELUTTI, FRANCISCO. *Cuestiones sobre el proceso penal,* 2001, pp. 120-124].

Precisamente, por todo ello, la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada

fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera de los órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias) [DE LA OLIVA, ANDRÉS: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración,* 2003, p. 492]. La perspectiva amplia de esta institución puede entenderse reconocida por el artículo 78, numeral 2, del Código Penal, cuando preceptúa que: "*La acción penal se extingue*: **2.** *Por autoridad de cosa juzgada*". Luego, si se trata de un impedimento procesal —impide una sentencia de mérito sobre un hecho ya juzgado—, si constituye un óbice procesal, puede plantearse como excepción y, precisamente, excepción de cosa juzgada.

TERCERO. Que, resuelto el problema previo en el sentido de que la invocación del artículo 79 del Código Penal, procesalmente, se plantea a través de la excepción de cosa juzgada, por lo que las decisiones en contrario del Juez y de la Sala Superior incurrieron en una inobservancia del indicado dispositivo del Código Penal. Y, como se trata de un asunto de puro derecho que no requiere de un nuevo debate, un mero juicio de subsunción desde las afirmaciones y decisiones jurisdiccionales civiles invocadas y presentadas por las partes, en especial por la parte acusada, es del caso examinar si la excepción es fundada o infundada (artículo 433, apartado uno, del Código Procesal Penal). Están superadas las cuestiones de admisibilidad y procedencia.

CUARTO. Que los hechos previos al hecho penal incriminado por la Fiscalía Provincial de Ica, son los siguientes:

A. Con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, ampliado con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y dos, el Banco de Crédito se comprometió a otorgar un crédito en cuenta corriente a los agraviados Luis Octavio La Rosa Degregori e Ida Martínez de la Rosa por sesenta mil dólares americanos [fojas cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos treinta y cinco]. Por ese contrato se constituyó una hipoteca sobre el predio rústico "Estancia Santa Lucía".

B. El referido contrato reconoció la existencia de otras deudas de los deudores al Banco e incorporó aquéllas en la hipoteca del predio antes mencionado. La deuda anterior se comprendió en el Pagaré número doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por sesenta y un mil seiscientos dieciséis dólares americanos. Ésta provenía de tres pagarés vencidos y no pagados y un saldo deudor de la cuenta corriente número cero cuatro noventa y seis sesenta guión cero guión noventa y ocho.

C. Esta deuda fue materia de una demanda de ejecución de garantía por sesenta mil dólares, por la que se presentó como título de ejecución el Pagaré numero valor no es nulo y la obligación es exigible. Así aparece de los autos de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y veintidós de enero de Juzgado Civil de lea. Ante el cuestionamiento de los deudores, el indicado Juzgado y la Sala Superior resolvieron que la acción de cobro es lícita, el título doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por ante el Segundo mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve y doscientos cuatro, respectivamente; el auto de vista quedó firme porque los agraviados se desistieron de interponer recurso de casación [fojas siete y ocho].

D. El Banco de Crédito con fecha quince de diciembre de dos mil ocho suscribió una escritura pública de cesión de derechos a favor de Owens Illinois Perú Sociedad Anónima, respecto de la deuda puesta a cobro por ante el aludido Segundo Juzgado Civil de Ica, como consta de su cláusula segunda [fojas doscientos sesenta y cuatro].

E. A raíz de una demanda interpuesta por los agraviados contra el Banco de Crédito sobre indemnización por daños y perjuicios, en vista de que el Banco no proporcionó los sesenta mil dólares del crédito al que se comprometió por el aludido contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, se declaró fundada dicha demanda y se ordenó que el Banco pague a los agraviados las suma de treinta y cinco mil soles más los intereses legales desde el siete de marzo de dos mil [sentencia de primera instancia de fojas trescientos diecinueve, sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete sentencia de casación de fojas trescientos treinta y ocho].

F. Cabe precisar que en el noveno fundamento jurídico de la sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete se señaló expresamente que con anterioridad al contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno existía una deuda de los agraviados con el Banco de Crédito. Ello refuerza la afirmación de que los sesenta mil dólares del contrato antes mencionado es una cantidad distinta de la deuda ya generada.

G. Como consecuencia de esa demanda de indemnización, estimada parcialmente por el órgano jurisdiccional, y del contrato de cesión de derechos, los agraviados formularon denuncia por delitos contra la fe pública, que fue aceptada por el Ministerio Público, en los términos

consignados en el fundamento de hecho segundo. Se entendió que el hecho consignado en el contrato de cesión de derechos —existencia de la deuda que los agraviados tenían con el Banco— era falso, y que el mencionado contrato fue utilizado para perjudicar a los agraviados.

H. Tal situación generó a su vez la excepción de cosa juzgada interpuesta por el encausado Ferrari Quiñe, que intervino en el contrato de cesión de derechos.

QUINTO. Que, siendo así, es evidente, primero, que el título valor y la exigibilidad de la deuda materia del proceso seguido ante el Segundo Juzgado Civil de Ica ha sido establecido por resolución judicial firme —ante la posición procesal de los agraviados, el órgano jurisdiccional, bajo trámite contradictorio, declaró la validez de esa deuda y del título valor correspondiente—; segundo, que la deuda es previa, la decisión jurisdiccional recaída en el proceso sobre indemnización incoado por los agraviados no la invalida, pues se refiere al crédito ulterior, de sesenta mil dólares americanos, finalmente no otorgados por el Banco de Crédito; y, tercero, el hecho, calificado de delictivo por el Ministerio Público: consignar una deuda inexistente en un contrato de cesión de derechos, empero, ha sido calificado de lícito por la jurisdicción civil. Por ende, no puede construirse un cargo penal sobre un hecho cuya licitud ya fue decidida por la jurisdicción civil. La excepción de cosa juzgada es fundada.

SEXTO. Que el artículo 6, apartado 2, del Código Procesal Penal establece que si se declara fundada la excepción de cosa juzgada, entre otras, el proceso será sobreseído definitivamente. De otro lado, el artículo 8, apartado 6, del aludido Código, preceptúa que las excepciones deducidas a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica —efecto extensivo en lo favorable de las excepciones—.

En el caso de autos, se encuentran en la misma situación jurídica tanto los encausados Bórdarampe Jerí y Miñán Galarza, que al igual que el procesado Ferrari Quiñe actuaron en el contrato de cesión de derechos como representantes legales del Banco de Crédito, como los encausados Dávila Jaramillo y Galindo Neumán, quienes intervinieron en ese contrato por la empresa Owens Illinois Perú Sociedad Anónima.

247

§247. Control de motivación de resoluciones judiciales

Casación	14-2015-UCAYALI
Fecha	14 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Rodríguez Tineo
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 429° inciso 1 del NCPP y el art. 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

RESUMEN:

El deber de motivación de las resoluciones judiciales supone que las resoluciones judiciales deben documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función de garantía que reviste la declaración de la voluntad del estado. La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de auto o sentencia.

La fundamentación de las decisiones judiciales permite en una democracia realizar un control externo a la toma de las decisiones, toda vez que, la existencia y la configuración de la independencia judicial no quiere decir que haya una falta de control y fiscalización a las decisiones de los Tribunales.

Lo correcto de un fallo no tanto es que se encierre la verdad, sino que el mismo se encentre mejor y más convenientemente fundamentado.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO: Que, este Supremo Tribunal no puede soslayar que el ámbito de pronunciamiento por el cual se concedió el presente recurso de casación se circunscribió a la causal prevista en el inciso 1 del artículo 429° del Código Procesal

Penal, esto es, la presunta inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

El sustento para que se declare bien concedida la casación propuesta por la defensa del casacionista, en su momento se debió no solo al hecho de que el recurrente cumplió con todos los presupuestos y requisitos para la admisión de su recurso impugnativo, sino también, porque era indispensable y hasta necesario, verificar si el órgano jurisdiccional explicó y dio respuesta a los agravios propuestos por la cosa defensa, tanto en lo concerniente a la responsabilidad penal y fundamentalmente, a la determinación judicial de la pena.

En lo que concierne a este último asunto, el asunto en controversia estaba dirigido a verificar si se habían o no aplicado los supuestos comprendidos en los artículos correspondientes a la pena a imponerse, pero también a la aplicación de algún tipo de beneficios en cuanto a la tentativa del delito y no a uno de carácter consumado.

NOVENO: Que, el deber jurídico de motivar los hechos probados no solo es un deber legal, sino de modo claro e inequívoco constituye, sobre todo, una obligación de rango constitucional. El artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Estado consagra como una garantía y un principio de la admiración de justicia: " Las motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con precisión expresa de la Ley aplicable y los fundamentos de hecho que la sustenta"

El cumplimiento del deber de motivación supone que las resoluciones judiciales deben documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función de garantía que reviste la declaración de la voluntad del Estado. La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de un auto o sentencia.

La consagración constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales, constituye una regulación prescriptiva que va más allá de una simple declaración formal o de representar un enunciado carente de contenido y vigencia. Se trata más bien de una disposición de incidencia directa que repercute en todos los sectores del ordenamiento jurídico peruano y que refleja la necesidad de adaptar y adecuar la legislación ordinaria a los preceptos constitucionales.

DÉCIMO. En un Estado Constitucional no basta para justificar un acto el invocar el imperio de la Ley, la fuerza del derecho o la necesidad de realizar una justicia material. Es imprescindible dar razones y argumentos para justificar una determinada decisión y un acto estatal. La fundamentación de las decisiones

judiciales permite en una democracia realizar un control externo a la toma de las decisiones, toda vez que, la existencia y la configuración de la independencia judicial no quiere decir que haya una falta de control y fiscalización a las decisiones de los Tribunales.

Justificar es dar buenas razones como fundamento de la decisión. La justificación racional de las decisiones judiciales es contraria a las decisiones arbitrarias, caprichosas que no se fundan en razones o que las razones empleadas son malas o deficientes.

Así pies, lo que permite el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales es abrir las puertas del control lo tanto de lo que el Juez ha pensado, sino de la racionalidad y la validez de los argumentos que sustenta su decisión. El control de la motivación no radica en el examen de cómo se llegó a una determinada decisión acerca de la justicia de la misma, sino que se dirige misas y las razones de las que se sirve el Juez para ser aceptable su decisión. En efecto, en un Estado Constitucional más importante que la justicia intrínseca de una decisión es que se aporte una serie de razones o argumentos que la sustenten. Lo correcto de un fallo no tanto es que encierre la verdad, sino que el mismo se encuentre mejor y más convenientemente fundamentado.

DÉCIMO PRIMERO. Que, en el caso de autos la controversia referida a la responsabilidad penal del ahora casacionista sí fue evaluado y merituada tanto por el Juzgado Penal Colegiado como por la Sala Penal de Apelaciones. Ambas instancias recurren a a doctrina jurisprudencial, consagrada en el Acuerdo Plenario número 2-2005 /CJ-116- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 30 de setiembre de 2005, sobre "requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado", sometiendo las declaraciones de la agraviada a los requisitos y reglas de valoración por ser el único testigo de los hechos, para enervar la presunción de inocencia del acusado.

En este sentido las versiones de la agraviada fueron contrapuestas o sometidas a examen teniendo en cuenta criterios que le otorguen ciertas garantías de certeza, como son: a) Ausencia de incredibilidad. b) Verosimilitud. c) Persistencia en la incriminación.

En amabas instancias y por ende, en los dos Colegiados se valoró las circunstancias de que las agresiones sexuales, ya sea contra menos de edad o no, generalmente ocurren de manera clandestina y cuando la víctima se encuentra aislada, sola y con pocas posibilidades de ofrecer resistencia. Es por dicho motivo que ambas instancias consideraron que la prueba de cargo en estos casos está

constituida por la versión incriminatoria de la propia agraviada, sin la existencia de testigos, siendo por ello importante, que su valoración sea lo más creíble posible, obviamente contactándolas con prueba objetiva y cierta, pero no así, en presunciones o subjetividades.

En los fundamentos jurídicos correspondientes al considerando cueros de la sentencia de vista, si bien la Sala Penal de Apelaciones subtitula parte de ella con la frase " el deliro de actos contra el pudor, incluso, transcribiendo el tipo penal correspondiente que regula y sanciona los catos contra el pudor, lo que no sucede respecto del deliro de violación sexual, propiamente dicho, que sí fue objeto de acusación, lo cierto es que el casacionista sí dio razones para que se ingrese a valorar en su caso desvirtuar la posibilidad de que los hechos no se tratan de un delito de violación sexual, sino de actos contrarios al pudor, pues que mediante prueba objetiva fue descartada por el Tribunal de alzada, con razones mas que suficientes y que se hallan consignadas en la sentencia de vista.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, de otro lado, en cuanto a la determinación de la pena, cabe precisar que es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los Jueces y Tribunales. Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal, en la pena concreta correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales.

Esta no es una decisión arbitraria, sino que responde a la una serie de procesos informados por las reglas de determinación de la pena, que el Juez debe observar escrupulosamente, con independencia de los escasos márgenes de la discrecionalidad de que goza.

DÉCIMO TERCERO: Que de esta forma, no le corresponde a misma penal al autor de un delito consumado que al de un delito tentado, como tampoco tiene el mismo tratamiento el autor y el cómplice del mismo hecho delictivo. Se valora de forma distinta si alguien actúa en error de prohibición o concurriendo una eximente incompleta de alteración psíquica que si alguien lo hace actuando con pleno conocimiento de la antijuricidad o con sus facultades mentales intactas.

En fin, existe una multitud de factores que se concretan en la reglas de la determinación de la penal, que han de ser tenido en cuenta por los Jueces y no de los criterios que informa la determinación de la penal es la proporcionalidad (subprincipio de interdicción de la desproporción).

DÉCIMO CUARTO: Que el aspecto que más relevancia ha cobrado en los últimos años es la motivación de la individualización de la pena. Es decir, la exigencia a los Jueces y Tribunales para que razonen, de forma que sea plenamente comprensible y excluya cualquier sospecha de arbitrariedad, por qué deciden imponer una pena concreta y no otra, siempre que se hallen dentro de los límites establecidos por las reglas de determinación de la pena.

Acá juega una importante relevancia el principio de proporcionalidad concreta, pues a diferencia del legislador que tiene una posibilidad mayor de actuación en el ejercicio de su labor, el Juez tiene un rango ya prefijado por el legislador dentro del cual debe determinar la pena a aplicar; así pues, la doctrina ha considerado que existen criterios que han de seguirse para lograr la determinación y la individualización de la pena, tanto objetivos como subjetivos. En el campo objetivo, cuentan el nivel de afectación del bien jurídico tutelado, las circunstancias de realización del delito – tales como modo, el tiempo y el lugar-, la comprobación de si se está ante un supuesto de reincidencia o habitualidad del agente, los deberes infringidos, entre otros similares. En el aspecto subjetivo se encuentran las condiciones personales del sujeto pasivo, la reparación del daño luego de realizado el delito, la educación y grado de socialización del sujeto activo, entre los principales.

DÉCIMO QUINTO: Que, el Juzgado Penal Colegiado de Ucayali en a sentencia de fecha 04 de marzo de 2014, en el fundamento jurídico quinto "V. Determinación de la Pena", sí expresó sus razones por las que impuso al ahora casacionista la sanción de veinte años de pena privativa de libertad, expresando que la pena abstracta o conminada era no menos de treinta ni ayos de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; no obstante ello, no se impone una pena dentro de dicho margen sino una por debajo del mínimo establecido en la Ley, debido al que existían otras razones, que también están establecidas en la Ley, que obligan al Juzgador a fijar una sanción menor . Entre dichas razones se citó la gravedad de los hechos, la falta de arrepentimiento del procesado, su edad en la fecha de los hechos, que apenas bordeaba los 27 años y, fundamentalmente, la circunstancia que l delito quedó en grado de tentativa y no se consumó.

En cuanto a la sentencia de vista, expedida por la Sala Penal de Apelaciones en Adicción Liquidadora, aun cuando preliminarmente se sostuvo la inexistencia de motivación alguna, pese a ello, en el fundamento jurídico 4.10 el Colegiado Superior sí expuso las razones por las cuales no ingresaba a valorar dicho extremo, es debido a que el procesado no había expresado agravios al respecto, dado que su pretensión era la absolución de los cargos atribuidos.

Pero hay más, el Colegiado de Apelaciones también realiza una revisión de la pena impuesta y concluye, que esta debía elevarse, pero que, por respeto a la prohibición de reforma en peor, mantiene la pena impuesta.

Así pues, en ambos casos sí se expresaron razones más que suficientes para concluir que se respetó la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

DÉCIMO SEXTO: Que, este Supremo Tribunal considera precisar e insistir, que del examen de todos los actuados se puede concluir, que el Juzgado Penal Colegiado sí merituó la razones que tenían para imponer la pena finalmente impuesta, entre otras, que el delito quedó en grado de tentativa, por expresa disposición del artículo 16° del Código Penal, que dispone, que en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

La tentativa entonces señala de manera obligatoria para el juzgador y no facultativa una disminución de la pena.

Que al buscar una definición sobre tentativa, el Código Penal en el artículo 16° refiere: " En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo". Carlos Fontán Balestra expresa que "Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor".

El hecho delictuosos como acto criminal se genera en la mente del autos y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. A este proceso se le llama *iter criminis.* Las ideas -ideación- no son punibles por el principio de *cogitationis poenam meno patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento). Por lo tanto no entran dentro del concepto de tentativa, mientras que con la consumación del delito termina toda posibilidad de tentativa ya que esta conducta del individuo encuadra perfectamente en el tipo, en cambio la tentativa lo que hace es ampliar el tipo para poder llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse.

En el caso de autos, aún cuando el acto sexual mediante violencia y en perjuicio de la menor, no llegó a consumarse, esta situación no fue originada por un desistimiento voluntario del ahora casacionista como lo pretendió hacer creer durante el juzgamiento, sino fue debido a la oportuna y circunstancial intervención de los pobladores del lugar, que impidieron la consumación del acto delictivo y retuvieron al procesado hasta que legasen los efectivos policiales; no

obstante ello, lo cierto es que sí existió racionalidad en la decisión adoptada para individualizar la pena concreta a imponerse.

Que siendo así, es inobjetable que las decisiones antes acotadas no vulneran la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, y en rigor, la determinación judicial de la pena realizada, se ajusta a Derecho.

248

§248. Deliberación y Sentencia. Desvinculación Jurídica

Casación	659-2014 – PUNO
Fecha	10 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 374° y 397° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.1° al 3.7°

RESUMEN:

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio tempus regit actum; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como lo señala la sentencia recurrida. Sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica. En tal sentido, el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 se debe aplicar en los casos regulados por éste.

FUNDAMENTOS:

3.1: La desvinculación jurídica -instituto procesal- tiene como antecedente un supuesto procesal que generó un conflicto cuya resolución se pretende realizar

mediante su aplicación práctica; por lo que, una configuración derivada de un condicionamiento de carácter empírico comprobado durante el desarrollo del proceso: el error iuris en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación, es decir, un juicio de tipicidad defectuoso que deber ser enmendado durante el séquito del proceso, a fin de conjurar la posibilidad de sembrar futuras nulidades que hagan estéril el esfuerzo judicial en la solución jurídico penal de un caso práctico. Ello ostenta una implicancia muy cercana con el derecho de defensa y para su procedencia, requiere la concurrencia de determinados requisitos que fueron asentados en la doctrina jurisprudencial desde la época que se aplicó la desvinculación procesal con la nomenclatura de determinación alternativa. Como señala Carlos Escobar Antezano "(...) Para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa; y, d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal (...)".

3.2: Aunado a lo anterior expuesto, cabe señalar que el supuesto procesal que impulse la necesaria aplicación de una salida alternativa a través de la pauta señalada por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales corresponde a que la Sala plantee la tesis de una imputación más grave, les brinde a las partes la posibilidad de desarrollar una nueva tesis en base a la irrupción, en el escenario del juicio, de una circunstancia modificadora de los términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos, a fin de precaver que medie la necesaria correspondencia y coherencia con el juicio histórico oficialmente asentado. En los casos de una necesaria agravación de los términos de la acusación, se procederá conforme a la pauta procesal prevista en el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, tal como lo manda el propio artículo 285-A, inciso 1) y el artículo 374, inciso 1) del Código Procesal Penal así como el artículo 397°, inciso 2) del mismo Código. Situación jurídica procesal distinta a la prevista por el artículo 349°, inciso 3) del Código Procesal Penal, desarrollada doctrinariamente por el Acuerdo Plenario número 06- 2009/CJ-116 que contempla los casos en que el propio Fiscal plantee una acusación alternativa o subsidiaria, además de una principal. En los supuestos indicados, es el Juzgador el que plantea la tesis generada dialécticamente como consecuencia de la actividad del plenario, por la necesidad de agotar absolutamente el examen de los hechos materiales y su correlato subsuntivo en la ley penal sustantiva, por principio de exhaustividad.

3.3: En ambos cuerpos normativos subyace la regulación de las mismas fórmulas desvinculatorias de la subsunción jurídico penal original, el derecho a contradecir con conocimiento previo y cabal de los cargos traducidos jurídicamente como aplicación práctica de un derecho de defensa activo. Así, tal como lo prevé el fundamento jurídico 12 del Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ- 116 que es extensivo a ambas legislaciones procesales porque regulan y franquean la posibilidad que el Tribunal en los supuestos de la concurrencia de circunstancias cualificadas también para el caso de que no concurran en aplicación del principio *a maiorem ad minus* [se aplica a calificaciones ventajosas, prescripciones positivas o leyes permisivas, de una forma bastante simplista se puede enunciar bajo el anunciado: "el que puede lo más puede lo menos"] supuesto que no afecta el derecho de defensa por tratarse de sub tipos de menor intensidad dentro del mismo bien jurídico manteniendo la inmutabilidad de los hechos y sobre los que se ha desarrollado un ejercicio amplio de la defensa.

3.4: Es evidente que, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio *tempus regit actum* tal como lo desarrolla el Acuerdo Plenario Número 01-2007/ESV-22; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como señala la recurrida; sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica.

3.5: De lo expuesto, se colige que el Acuerdo Plenario número 04-2007/ CJ-116 es concurrente, porque la determinación alternativa o desvinculación es una institución del proceso penal destinada desde un punto de vista instrumental, a conjurar o remediar casos excepcionales al principio acusatorio, derivados de un requerimiento fiscal de acusación constreñido por un error de calificación inicial que actúa como camisa de fuerza o corsé jurídico, impidiendo una adecuación típica dentro del principio de corrección normativa del juicio de tipicidad inicial, en aplicación de un rigor técnico- legal a que está obligada la Sala de Mérito para el esclarecimiento del hecho, de sus circunstancias y de la participación criminal efectiva de los imputados.

3.6: En ese orden de ideas, si el Juzgador advierte que existe un error en la calificación que no genera la nulidad puede ser corregido al momento de la desvinculación [existiendo una limitación al principio *iura novit curia,* conforme

lo señala el Acuerdo Plenario N° 04-2007/ CJ-116], salvaguardando las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, bajo los principios de celeridad y economía procesal.

3.7: En mérito a los fundamentos descritos precedentemente, se infiere que el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 [consignadas en líneas arriba] se debe aplicar en los casos regulados por éste.

249

§249. Motivación de la sentencia a través de prueba indiciaria

Casación	628-2015/LIMA
Fecha	05 de mayo del 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Código Procesal Penal.

RESUMEN:

La motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de

imputación civil y *quantum* de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo", previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé corno incurso en sus disposiciones al "*...funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación* en la *que interviene por razón de su cargo...*".

Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la torna de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcionaria! específica o ámbito de su funcional)--. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero -no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario-. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo —se trata de un interés económico— [FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de Derecho Penal.* Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública,* 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o

judiciaria —no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél—. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico —los denominados "hechos indicadores, hechos-base o indicios"—, que a partir de una inferencia —sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica— se arribó al "hecho indicado o hecho consecuencia", constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible aprovechamiento indebido del cargo.

CUARTO. Que en clave de motivación debe recordarse:

A. Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio —de primera instancia *y* de apelación, con los limites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación—, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139° inciso 5 de la Constitución.

B. Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados —siempre en relación con el delito atribuido—. La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso; 1. Que los hechos indicadores o hechos-

base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación nuclear —deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar—. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables —entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo—. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal —tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los 'criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)—.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos —datos objetivos fiables—, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete). En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún echo con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria liCLIM1-3NT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Banch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guion novecientos cuarenta y uno].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXTO. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en_ el_ Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Bamnat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta

manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto "Los Álamos" usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financista, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil chico, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Baninat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) —el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía—. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno —el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat—.

SÉPTIMO. Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: 1. La autorización para figurar el lago de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. 2. El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas. 3. citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de

créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión incriminatoria?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

OCTAVO. Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: 1. Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guión cero cero tres guión) cero tres guión GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. 2. Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. 3. Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento, las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionario público.

NOVENO. Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes, de cara al análisis indiciario. 1. Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guión cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de entregar como aporte inicial el terreno, de modo que —aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]. 2. Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la sesión del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es *v*erdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de las sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio e dos mil cinco —aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco—.

Que los pasos para modificar el Procedimiento del "Programa de Vivienda

Básica a través de Promotor Inmobiliario" se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco —antes' de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil tincó)—, aunque con anterioridad a la intervención

del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se realizaría el Proyecto de Vivienda —celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco—. 4. Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mil cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

DÉCIMO. Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absolutoria y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del *factura* condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del Callo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incorporar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la *questio facti.* De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería *extrapetita* y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO PRIMERO. Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a un acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibida tal posibilidad —que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno— desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo, punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas tácticas —presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado—, que se perpetró una negociación incompatible.

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado la presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción —tratándose de una entidad financiera—, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten omisiones y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición del terreno, el vendedor —ducho del bien— debía asegurar el pago y el Banmat

tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de "inusual" lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente *(1)* que la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; *(ii)* que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes —nada de eso se declaró probado que no existía—, y *(iii)* que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

DÉCIMO SEGUNDO. Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no' toda reunión o entrevista, previa a la presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuide la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los institucionalmente, se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente adecuados, se impongan condiciones de pago irrazonables, se opte por proyectos de personas vinculadas, etcétera.

En el presente caso no se declaró probado que el convenio cuestionado fue financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondo , que la ejecución del convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat e te quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio y los responsbles del Banmat.

DÉCIMO TERCERO. Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda am no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento, de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.,

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de viviendas para, personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí, mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la: utilización del logo ya se contaba con 'el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso turne con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

DÉCIMO CUARTO. Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objeto de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, contraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absolutoria y hacerlo sin reenvío —juicios rescindente y rescisorio—. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

DÉCIMO QUINTO. Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Nosselli„ sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes —o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales— se encuentra contemplado en el artículo 408° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

250

§250. Eficacia de decisión judicial firme

Casación	131-2014-AREQUIPA
Fecha	20 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 139° inciso 2 de la Constitución Política del Perú.
Fundamentos jurídicos vinculantes	5°, 9°, 11°, 12° y 16°.

RESUMEN:

La posibilidad de dejar sin efecto una resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida haciéndola efectiva, ha quedado completamente descartada desde lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En consecuencia, toda resolución que contraviene este mandato deviene en inconstitucional e ilegal.

Es menester diferenciar entre validez y eficacia. La validez exige que el acto procesal, en este caso la sentencia, se ajuste a derecho, cumpla con las exigencias legales y constitucionales. Por su parte, la eficacia se predica de la aptitud para causar efectos jurídicos. En tanto la eficacia supone una aptitud, es decir una capacidad – potencia- y no un acto, el que no se haya capturado al procesado no supone que la sentencia sea incapaz de producir efectos.

En atención a lo expuesto podemos concluir que la ineficacia de la predica de una situación en la cual de ninguna manera podrá el fallo.

FUNDAMENTOS:

Tema a dilucidar

1. La posibilidad de dejar sin efecto la revocatoria de suspensión de la pena por incumplimiento de una regla de conducta de índole pecuniario en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar.

MOTIVO CASACIONAL: POSIBILIDAD DE DEJAR SIN EFECTO LA REVOCATORIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA

2. A la fecha en que ha sido redactada la presente sentencia, ya se ha tomado posición respecto al supuesto de hecho que nos ocupa en el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, del 24 de enero de 2013, sobre libertad anticipada en su fundamento jurídico 20 cuyo texto es como sigue:

> *20° Por lo demás, en el ejemplo propuesto [en que con posterioridad a la revocación de la suspensión de la pena el procesado cumpla con el pago de las pensiones alimenticias] -respecto del cual existen algunas decisiones judiciales-, se advierte un planteamiento no compatible con las disposiciones legales vigentes -de obvio carácter material- así como con la naturaleza jurídica y los presupuestos que corresponden a la suspensión de la ejecución de la pena y la conversión de penas.*
>
> *Tres son las razones del error en que se incurre:*
>
> *1.* ***Luego de la revocatoria del régimen de suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento efectivo y continuo de la pena privativa de libertad no tiene ninguna posibilidad normativa de ser modificado*** *o reducido (artículos 59, apartado 3, y 60 del CP). La revocatoria es una sanción y no es integrable con la conversión en otra pena no privativa de libertad, como la prestación de servicios a la comunidad o la multa (cursiva nuestra).*

3. Sentido interpretativo que ha sido compartido por el Tribunal Constitucional tal como se puede apreciar en la sentencia recaída en el Exp. N° 03657-2012-PCH/TC en la cual reitera el precedente sentado en la sentencia recaída en el Exp. N° 1428-2002-HC/TC que respecto al tema que nos convoca, en su fundamento jurídico 2, señaló:

> *El artículo 2°, inciso 24), literal "c", de la Constitución Política del Estado señala, como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que "no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios".*
>
> *En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal "c", del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil.*
>
> ***La única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.***
>
> *Sin embargo, tal precepto constitucional* ***-y la garantía que ella contiene- no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria.*** *En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.*

4. Tal como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional, en su labor de Supremo Intérprete de norma fundamental, pone de relieve dos cosas: a) que toda prisión derivada de una omisión a la asistencia familiar es una restricción de la libertad individual permitida por la Constitución; b) que el incumplimiento del pago de una regla de conducta que desencadena la privación de la libertad, tampoco supone un supuesto de prisión por deudas .

5. En este orden de ideas, la posibilidad de dejar sin efecto una resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida haciéndola efectiva, ha quedado completamente descartada desde lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En consecuencia, toda resolución que contraviene este mandato deviene en inconstitucional e ilegal, por lo cual, no existen por ser nulas al no fundarse en derecho dado que el mismo ya

ha sido claramente definido y aún así el juzgador ha resuelto de modo distinto.

6. A continuación, profundizaremos respecto a por qué son incorrectos los argumentos que esgrime para desconocer la prohibición de dejar sin efecto una revocación de pena suspendida.

7. El delito de omisión a la asistencia familiar es una excepción a la prisión por deudas. Esta es una conclusión fácilmente extraíble de lo ya señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional y, más aún, del propio texto de la Constitución contenido en el literal "c" del inciso 24 del artículo 2 que al pie de la letra expresa: "No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios".

8. La fase de ejecución penal, que inicia cuando el fallo condenatorio queda firme, abre una nueva etapa en la cual ya existe certeza sobre el derecho que se aplica a los hechos y las consecuencias jurídicas que se han desencadenado. En tanto nos encontramos ante un proceso penal, y en tanto se haya impuesto una pena privativa de libertad efectiva en su ejecución, la eficacia del fallo se presenta mediante el internamiento del sentenciado en un centro penitenciario.

9. Debido a que el tema que pone de relieve la sentencia impugnada es la eficacia de la decisión judicial firme, es menester diferenciar entre validez y eficacia. La validez exige que el acto procesal, en este caso la sentencia, se ajuste a derecho, cumpla con las exigencias legales y constitucionales. Por su parte, la eficacia se predica de la aptitud para causar efectos jurídicos. De allí que la sentencia emitida válidamente debe ser eficaz conforme lo manda el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

10. La Sala Penal Superior de Arequipa para superar este "obstáculo" sostuvo que la eficacia de la sentencia no se podía dar por cuanto la misma no se había realizado mediante la captura del sentenciado. En tanto éste último realizó el pago que adeudaba, la eficacia de la sentencia quedó desactivada. Devino en ineficaz por una causa sobreviniente.

11. Este argumento no es correcto pues dota de indefinición a una situación de facto que puede ser pasajera. En tanto la eficacia supone una aptitud, es decir una capacidad – potencia- y no un acto, el que no se haya capturado al procesado no supone que la sentencia sea incapaz de producir efectos. En consecuencia no nos encontramos ante un supuesto de ineficacia porque no se alude a una aptitud de la resolución, sino a una situación pasajera.

12. Si por otro lado, se quisiera sostener que la ineficacia de la sentencia condenatoria firme, estriba en que el procesado pagó la deuda que motivó a la citada resolución a fallar en su contra, estaríamos afirmando que la pena impuesta no es resultado de un delito cuya consecuencia jurídica es la pena privativa de libertad, sino de una obligación pecuniaria. Lo cual es a todas luces incorrecto pues, como todo delito, el procesado ha sido juzgado en sede penal con todas las garantías propias del derecho penal -principio de legalidad, presunción de inocencia, supuestos de descargo de la responsabilidad penal, etc.-

13. Más aun, el proceso penal al que fue sometido Supo Amanqui culminó imponiéndosele una pena privativa de libertad suspendida, sujeta a reglas de conducta. Una vez que este infringió una de esas reglas de conducta, reparar el daño causado, se le revocó la suspensión y la pena se hizo efectiva conforme al artículo 59 del Código Penal, no existiendo ninguna disposición que establezca la revocatoria de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, vulnerándose el principio de legalidad con lo decidido en la resolución impugnada.

14. Lo que los juzgadores de primera y segunda instancia han intentado es asimilar la llamada "sustracción de la materia", que opera en el proceso civil -¡nc. 1 del art. 321 del Código Procesal Civil-, al proceso penal. Sin embargo para que opere esta institución, se requiere que se satisfaga aquello que será objeto de ejecución de sentencia sin la intervención del órgano jurisdiccional. Y aún en éste nivel de análisis del caso concreto, observamos que no es posible tal asimilación en tanto no se puede sustituir la pena privativa de libertad impuesta por otro medio diferente al internamiento del procesado en la prisión.

15. Lo que se ha sostenido hasta ahora no implica que no existan supuestos de ineficacia de la sentencia. Pero éstos obedecen a situaciones que hacen imposible su ejecución de modo permanente como ocurre si el sentenciado fallece o cuando prescribe la pena -art. 85 del Código Penal- sin que se le haya podido internar en un establecimiento penitenciario. Estos son auténticos casos de ineficacia de la sentencia en los cuales existen circunstancias que hacen imposible su ejecución de modo permanente.

16. En atención a lo expuesto podemos concluir que la ineficacia de la predica de una situación en la cual de ninguna manera podrá el fallo. Si se ha impuesto una pena privativa de libertad, la da que determine su ineficacia

tendrá que imposibilitar que se sentenciado en un establecimiento penitenciario.

17. En el presente caso, el sentenciado Dany Javier Supo Amanqui pagó su deuda alimentaria para con sus menores hijos. Ello de modo alguno imposibilita que se le interne en un establecimiento penitenciario. En consecuencia no podemos afirmar que exista un supuesto de ineficacia de la sentencia que revocó la pena suspendida.

18. El que se le niegue a este sentenciado la posibilidad de que se revoque la revocación de la pena suspendida parecería un exceso en tanto no cumplió con el pago que le fijó una regla de conducta. Específicamente aquella a la que se refiere el inciso 4 del artículo 58 del Código Penal . Esta es una situación que pareciera encubrir una prisión por deudas, más allá de lo que ya ha señalado el Tribunal Constitucional e indicamos con anterioridad.

19. Sin embargo es necesario señalar que nuestro ordenamiento indica que la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de índole pecuniario encuentra su excepción cuando el sentenciado acredita que no puede pagar o que lo está haciendo de modo fraccionado. Con lo cual se salva la razonabilidad de exigir el pago y de revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento.

20. En el caso que nos ocupa, el procesado incumplió ese deber que tenía de reparar oportunamente los daños causados por el delito pagando las pensiones alimenticias que adeudaba y no cumplió con demostrar que en la imposibilidad de hacerlo o que cumpliría de modo o que cumpliría de modo fraccionado.

21. Por el contrario, incumplió con esa regla de conducta que se le había impuesto y, sin mayor justificación, solicitó dejar sin efecto la revocatoria. Como si se tratara de un total desprecio por el ordenamiento jurídico, incumplió sin mayor motivo. En esas circunstancias el ordenamiento no prevé otra solución sino la revocatoria de la suspensión de la pena privativa de libertad y su ejecución.

22. Esta solución no priva al sentenciado de mecanismos para poder mejorar su situación en esta nueva fase en la que se encuentra: la ejecución de la sentencia. Al haberse demostrado que los fundamentos que esgrimen tanto la sentencia de primera como de segunda instancia contravienen lo ya establecido y mandado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, no se ajustan a derecho, habiendo dado cabida a una solicitud que carece de todo asidero legal.

251

§251. Absolución por insuficiencia probatoria

Recurso de Nulidad	3596-2014- SAN MARTÍN
Fecha	28 de setiembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 283 del C de PP,

RESUMEN:

Ante la insuficiencia de pruebas de cargos que demuestren la responsabilidad del procesado, al no haberse logrado enervar la presunción de inocencia que nuestra Constitución Política y el estado reconocen a todo justiciable; por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 301, del Código de Procedimientos Penales.

FUNDAMENTOS

QUINTO: El Acuerdo Plenario N. ° 02-2005/CJ-116 establece que la libre apreciación razonada de la prueba, prevista en el artículo 283, del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas sin directivas legales que lo predeterminen, pero siempre bajo exigencias de racionalidad, a fin de asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Así, al tratarse de la declaración de un testigo ha de verificarse, además de un relato coherente y sólido, la ausencia de la incredibilidad subjetiva en la incriminación, que pueda incidir en la deposición y, por ende, niegue aptitud para generar certeza.

SEXTO: En el presente caso, se aprecia en el parte N° 008-SEANDRO-PNP, transcrito en el atestado policial, que dio origen a la presente investigación, que la vivienda prevista para la intervención era la ubicada en la carretera Mashuyacu, del sector Democracia, en Rioja; la misma que pertenece a Osías Hernández Terrones, según lo consignado en su declaración de fojas doce. Bajo este tamiz, se tiene que Pacífico Hernández Terrones indicó en juicio Oral que el día de la intervención, a hora nueve de la noche, los policías le preguntaron por la ubicación de la drogas y si él era el conocido como "Oso", a lo que este indicó que tal persona era su hermano; por lo cual la policía intervino la vivienda de Osías, pero al no encontrar nada regresó al domicilio de Pacífico, donde se halló la mochila cuestionada.

SÉPTIMO: De ello se infiere que la policía no iba en busca del acusado Hernando Delgado Cubas, tampoco obra al respecto informe de inteligencia que acredite que se realizaba un seguimiento u operación de vigilancia contra el citado procesado.

Asimismo, se aprecia que las declaraciones de Pacífico y Osías Hernández Terrones son exculpatorias de responsabilidad, puesto que el primero es el dueño de la casa donde se halló la droga, mientras que el segundo era buscado por la Policía. De ser así, no se erigen pruebas con suficiencia para sustentar el juicio de condena determinado por el A quo, ya que se presentas visos de credibilidad, que las desnaturalizan.

OCTAVO: Para mayor documentación, se aprecia en el acta de registro domiciliario que Hernando Delgado Cubas no fue hallado en el lugar de la intervención ni se encontró documento de identificación o prendas que acrediten que el referido procesado residía, al menos temporalmente, en el lugar allanado. Por otro lado, se constata que, contrario a lo expuesto por la Fiscal Suprema, no obra notificación alguna dirigida al procesado Delgado Cubas durante el trámite de la investigación ni la instrucción. En efecto, recién mediante resolución N° 31, del veintinueve de diciembre de dos mil cinco, se ordenó que se recaben las generales de ley del encausado, a través del RENIEC. Así, obra su ficha de inscripción, en la cual se aprecia que el imputado Delgado Cubas declaró, el veintiocho de enero del año dos mil dos, vivir en el caserío de Santa Isabel, en el distrito de Cajaruro, de la provincia de Utcubamba. Asimismo, con el contrato de préstamo celebrado entre el representante de Caritas-Chachapoyas y el Comité de Desarrollo Local del Proyecto de Apicultura de Santa Isabel, promovido por Hernando Delgado Cubas, se verifica que al treinta de septiembre del año dos mil el encausado domiciliaba en el caserío de Santa Isabel. De lo anotado se

concluye que el recurrente permaneció en el domicilio declarado ante la autoridad administrativa, por lo menos desde el dos mil hasta el dos mil catorce, esto es, catorce años; por lo cual, no puede concluirse, como lo hizo la Fiscal Suprema, que este haya rehuido de la justicia, tanto más si tuvo conocimiento oportuno del presente proceso penal.

NOVENO: Ante la insuficiencia de pruebas de cargos que demuestren la responsabilidad del procesado Hernando Delgado Cubas, cabe optar por la absolución, al no haberse logrado enervar la presunción de inocencia que nuestra Constitución Política y el estado reconocen a todo justiciable; por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 301, del Código de Procedimientos Penales.

252

§252. Motivación y causa de pedir

Casación	343-2018-MADRE DE DIOS
Fecha	12 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 394 del NCPP.

RESUMEN:

1. El artículo 394 del Código Procesal Penal exige (i) una motivación clara, lógica y completa de los hechos objeto del debate, (ii) la valoración de la prueba con indicación del razonamiento justificativo, y (iii) precisión de los enjuiciamientos legales correspondientes; y, segundo, el artículo 393, apartado 2, del citado Código estipula que la valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. 2. En la sentencia de apelación el vicio de motivación incompleta o insuficiente se presentará cuando no se explican o razonan fundadamente una o algunas causas de pedir impugnativas o peticiones (en este último supuesto: clase de tutela impetrada), lo que, por cierto, afecta la garantía de tutela jurisdiccional. Si se trata de la causa de pedir (hechos jurídicos) debe existir un razonamiento acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos y de un específico fundamento jurídico, y por ende, el Tribunal debe razonarlo puntualmente en orden a lo que se pide con relación a ese fundamento alegado. 3. El impugnante no denunció en apelación la violación de una norma procesal referida a la estructura interna de la sentencia de primera instancia causante de nulidad. En su recurso afirmó la infracción de determinadas normas que se refieren a la logicidad de la motivación

y a lo que dicha sentencia debe abordar para cumplir con enervar la presunción de inocencia (específicamente –en el sub-lite–, prueba inculpatoria fiable y suficiente, y racionalidad de la inferencia probatoria). Luego, el examen impugnativo debió abordar ambos extremos.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, en principio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 432, apartado 2, del Código Procesal Penal, "La competencia de la Sala Penal Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos".

Esta previsión legal significa que el recurso de casación se circunscribe a la *questio iuris*, por lo que no es posible un examen autónomo de la prueba actuada para arribar a una conclusión probatoria distinta de la alcanzada por el Tribunal de Mérito.

SEGUNDO. Que, ahora bien, cuando se trata de la denuncia casacional de vulneración de la garantía de motivación, corresponde analizar, en los términos del artículo 429, apartado 4, del Código Procesal Penal, si la sentencia se expidió (i) con falta de motivación o (ii) con manifiesta ilogicidad –esta disposición se refiere no a la forma, sino al contenido de la sentencia–, lo que importa reconocer que la motivación está sujeta a una serie de condicionamientos legales. Las previsiones del citado precepto procesal configuran un vicio in iuris que comprende tanto omisiones en aspectos sensibles del juicio histórico o del juicio jurídico o en errores graves en la inferencia probatoria, vulneradores de las reglas de la sana crítica judicial.

A este respecto, primero, el artículo 394 del Código Procesal Penal exige (i) una motivación clara, lógica y completa de los hechos objeto del debate, (ii) la valoración de la prueba con indicación del razonamiento justificativo, y

(iii) precisión de los enjuiciamientos legales correspondientes; y, segundo, el artículo 393, apartado 2, del citado Código estipula que la valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. La motivación exige, por consiguiente, expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la interpretación y valoración de las pruebas, así como en la interpretación y aplicación del Derecho.

TERCERO. Que, asumido lo anterior, es posible identificar, por lo menos, cinco supuestos de vicios de la motivación, más allá de que se acepte que ésta puede ser escueta o sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Estos vicios podrían ser los siguientes: (i) en la motivación omitida –ausencia total de razonamientos en la sentencia–, lo que por cierto no es común–; (ii) en la motivación insuficiente –omisión parcial de la expresión de las razones que conducen al fallo o ausencia de motivación en determinados aspectos esenciales del juicio de hecho o de derecho–; (iii) en la motivación contradictoria –los motivos expresados por el juez resultan incompatibles o inconciliables entre sí, de forma que se anulan mutuamente–; (iv) en la motivación hipotética o dubitativa –suposición de hechos cuya realidad no está acreditada o sobre motivos que dejan planear una sombra de incertidumbre en torno a la exactitud de sus enunciados–; y, (v) en la motivación arbitraria –referida a errores graves en la inferencia probatoria, que colisionan con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos–.

CUARTO. Que en la sentencia de apelación es evidente que el vicio de motivación incompleta o insuficiente se presentará cuando no se explican o razonan fundadamente una o algunas causas de pedir impugnativas o peticiones (en este último supuesto: clase de tutela impetrada), lo que, por cierto, afecta la garantía de tutela jurisdiccional. Si se trata de la causa de pedir (hechos jurídicos) debe existir un razonamiento acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos y de un específico fundamento jurídico, y, por ende, el Tribunal debe razonarlo puntualmente en orden a lo que se pide con relación a ese fundamento alegado [Conforme: MONTERO-FLORS: Los recursos en el proceso civil, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 339].

QUINTO. Que el encausado Aniceto Anicama en su recurso de apelación de fojas ciento siete, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, señaló que la sentencia de primera instancia realizó una mala y errada valoración probatoria, de suerte que no utilizó las reglas de la lógica, la sana crítica y la experiencia (sic) [las reglas de la sana crítica judicial, como se sabe, están constituidas por las leyes de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos: artículos 158, apartado 1, y 393, apartado 2, del Código]. Asimismo, apuntó que no existió certeza de que los vestigios materiales hallados en el cuerpo de la víctima (espermatozoides) le correspondan; que no existió persistencia en la incriminación; que, por ello, no se desvirtuó la presunción de inocencia y, al existir duda, debió absolvérsele.

En la audiencia de apelación de fojas ciento cuarenta, de veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, acotó que su apelación era de derecho e insistió en cuestionar la declaración hechos declarados probados de la sentencia de primera instancia, según lo indicado en el párrafo anterior.

El Tribunal Superior estimó que si la apelación es de derecho no se podía cuestionar el juicio de hecho –la apreciación de la prueba–, por lo que se limitó a examinar el aspecto formal de la sentencia recurrida, esto es, el juicio de validez (*error in procedendo*).

SEXTO. Que si se cuestiona la presencia de un defecto de motivación de la sentencia –en orden a la inferencia probatoria, es decir, si ésta tiene debido sustento en la sana crítica judicial–, y si además se objeta una inobservancia de las reglas de prueba y regla de juicio (in dubio pro reo) de la garantía de presunción de inocencia, en pureza, se afirma un *error iudicando*, de mala apreciación de una cuestión de hecho [Conforme: CAVANI, RENZO: Teoría impugnatoria, Editorial Palestra, Lima, 2018, p. 56].

El impugnante no denunció en apelación la violación de una norma procesal referida a la estructura interna de la sentencia de primera instancia causante de nulidad. En su recurso de apelación afirmó la infracción de determinados preceptos que se refieren a la logicidad de la motivación y a lo que dicha sentencia debe abordar para cumplir con enervar la presunción de inocencia (específicamente –en el sub-lite–, prueba inculpatoria fiable y suficiente, y racionalidad de la inferencia probatoria). Luego, el examen impugnativo debió abordar ambos extremos, más allá de que en apelación el Tribunal Superior puede realizar, con las limitaciones derivadas del principio de inmediación, un análisis autónomo de la prueba actuada y decidir en su consecuencia.

SÉPTIMO. Que si se exige un razonamiento explícito y suficiente acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos –se hizo sufrir el acto sexual a una niña o no– y de un específico fundamento jurídico –se motivó o no lógicamente la sentencia y se cumplió o no con las reglas de la presunción de inocencia–, entonces, al no incorporar una respuesta judicial en orden a lo que se pidió con relación al fundamento alegado, se vulneró el derecho a la motivación, que integra la garantía genérica tutela jurisdiccional. La motivación fue incompleta o insuficiente.

El motivo de casación debe ampararse y así se declara.

253

§253. Falta de motivación y manifiesta ilogicidad

Casación	1382-2017-TUMBES
Fecha	10 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Castañeda Espinoza, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 123 del NCPP

RESUMEN:

La configuración de un error vencible requiere el análisis de las condiciones personales del agente y las circunstancias concomitantes al hecho, para determinar si existió o no falsa representación de la realidad.

FUNDAMENTOS:

Motivación de resoluciones judiciales

OCTAVO. La debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a la posible arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente; esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional "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". Queda claro,

entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: a) se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, b) es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, c) implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y d) la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito.

NOVENO. La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales ha sido materia de pronunciamiento en reiterada jurisprudencia, expedida tanto por esta Suprema Corte como por el Tribunal Constitucional. Así, en el Acuerdo Plenario número 06-2011/CJ-116, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento jurídico undécimo, expresaron lo siguiente:

> La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental [...]. La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación, que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [sic].

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente número 00728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico sexto, sostuvo lo siguiente:

> El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

DÉCIMO. Ahora bien, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes supuestos de vulneración efectiva de la garantía de motivación de resoluciones judiciales:

a. Inexistencia de motivación o motivación aparente, se estará ante este supuesto cuando en la resolución judicial no se da cuenta de

las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b. Falta de motivación interna del razonamiento, esta 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 lado, 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.

c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, esto es, cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

d. La motivación insuficiente. Se refiere, 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, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e. La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones 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 [...]. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco de debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de sentencia.

f. Motivaciones cualificadas. Resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Interpretación del numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: "Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor"

DECIMOPRIMERO. Dentro de las causales para interponer el recurso de casación, en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, se establece la siguiente: "Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". Esta causal tiene como fuente el literal e del artículo 606 del Código de Procedimientos Penales de Italia. En efecto, en dicho artículo se establece lo siguiente:

> **Artículo 606** (Causales del recurso)- 1. El recurso de casación puede ser planteado por los siguientes motivos: [...]
>
> **e)** Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulta del texto de la resolución impugnada[181].

La recepción de la fuente italiana, en su exacto contenido literal, plantea algunas cuestiones que deben ser aclaradas. En principio, la norma presenta dos supuestos. El primer supuesto se refiere a la "falta de motivación". En tanto que el segundo supuesto alude a "la manifiesta ilogicidad en la motivación". Luego, en la medida que estas causales han sido tomadas, tal cual del ordenamiento procesal penal italiano, se ha introducido un neologismo: "ilogicidad" en la motivación. No existe en el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, un término como el traducido del italiano y que tiene, por lo demás, términos equivalentes en otras lenguas. Así, en el inglés se utiliza el término illogicality, y significa falta de

---

[181] "Art. 606 (Casi di ricorso) – 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: [...]

e) mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del procedimento impugnato".

sentido o claridad en el razonamiento[182]. Igualmente, en el francés se encuentra el término illogicité, que significa contrario a la lógica, a la racionalidad[183]. En el alemán se usa el adjetivo unlogish para designar aquello que es contrario a la lógica[184]. Finalmente, en italiano se alude al sustantivo illogicità para designar el hecho de ser ilógico o la falta de logicidad. En sentido concreto, la ilogicidad es el razonamiento, discurso o acto ilógico[185].

DECIMOSEGUNDO. Ahora bien, en función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, podríamos señalar que la ilogicidad es lo contrario a la lógica. A su vez, la lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente, sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, la ilogicidad, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, podría ser definida como aquella –motivación– que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones6. En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Es de considerar adicionalmente que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado, señalando que la manifiesta ilogicidad de la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada a la tutela del derecho y a la motivación de las resoluciones judiciales[186]. En el ámbito probatorio, la razonabilidad del juicio del juez, a efectos de un control casacional, descansa ya no en la interpretación de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión

---

182 Lacking sense or clear, sound reasoning https://en.oxforddictionaries.com/definition/illogicality.

183 Contraire a la logique, a la rationalité. http://www.cnrtl.fr/definition/illogicit%C3%A9.

184 Il fatto di essere illogico, mancanza di logicità. In senso concr., ragionamento, discorso, atto illogicos.
http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/illogicit%C3%A0-/.

185 En el artículo 606 "e" del Código de Procedimientos Penales Italiano se ha introducido una modificación que precisa como otra variante de la causal relacionada con la motivación, cuando esta es contradictoria (contradittorietta).

186 Casación número 60-2010-La Libertad, del 19 de abril de 2011, fundamento jurídico tercero, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

probatoria, debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos[187].

DECIMOCUARTO. Por otro lado, en cuanto a la **falta de motivación**, esta se encuentra relacionada a la ausencia absoluta del sustento racional que conduce al juzgador a tomar una decisión. En otras palabras, cuando no exista argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juez en la resolución de un caso sometido a su competencia, por ejemplo: cuando se enumeren los medios de prueba en la sentencia, sin llegar a analizarlos. La mera enunciación, en rigor, no conduce a establecer una afirmación. Es el proceso intelectual de valoración el que viabiliza la acreditación de un suceso fáctico. Cabe precisar que existirá falta de motivación, también, cuando esta sea incompleta; esto es, cuando se eluda el examen de un aspecto central o trascendente de lo que es objeto del debate, el cual puede comprender la omisión de evaluación a una prueba esencial que acredite el injusto típico. En conclusión, a diferencia de la exigencia cualificada para el caso la ilogicidad en la motivación, en este supuesto, el legislador abarca como motivo casacional tanto la total falta de motivación como la insuficiencia de motivación.

DECIMOQUINTO. Este supuesto guarda relación con lo que el Tribunal Constitucional ha llamado **Inexistencia de motivación o motivación aparente**; esto es, cuando en la resolución no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o esta no responde a las alegaciones de las partes del proceso o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. Este Tribunal Supremo, en el Recurso de Casación número 1313-2017-Arequipa, del veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, fundamento jurídico 5.2., precisó que la motivación es aparente cuando la resolución incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto de que no explique la causal de su convicción. Es decir, cuando se advierta que del propio tenor de la resolución se evidencie falta de motivación, el recurso de casación ha de ser estimado.

DECIMOSEXTO. Finalmente, en ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución, esto es, del propio contenido de lo expuesto por el juzgador en la resolución, al momento de resolver un caso. La determinación de la falta de motivación o su manifiesta ilogicidad debe evidenciarse con la sola

---

[187] Casación número 482-2016-Cusco, del 23 de marzo de 2017, fundamento jurídico sexto, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

lectura de la decisión cuestionada, y no ser producto de una interpretación o del examen de los acompañados o recaudos. La identificación del vicio debe sujetarse a la literalidad del texto.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimoséptimo. La casación ordinaria, interpuesta por la parte civil, fue bien concedida por vulneración al inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: "Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". Al respecto, corresponde evaluar entonces, si la sentencia de vista del ocho de agosto de dos mil diecisiete (foja 288), recurrida en casación, vulnera el precepto legal antes acotado. Así, en el rubro "Análisis del caso", la Sala Penal Superior llegó a la conclusión de que se encontraba acreditada la materialidad del delito. En este aspecto, se afirmó lo siguiente:

A nuestra consideración, analizadas de manera individual y conjunta la prueba actuada, se ha logrado establecer de manera cierta que con motivo de los hechos materia de la presente investigación se ha encontrado droga, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta esencialmente el acta de allanamiento; el acta de embalaje y lacrado de droga; resultado preliminar de pericia química. Por tanto, podemos afirmar que hay prueba suficiente de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, pues se ha determinado el tipo de droga y el peso de la misma a través de prueba pertinente.

DECIMOCTAVO. Al respecto, pese a que se señaló que el acta de allanamiento (que describía la diligencia de allanamiento del inmueble de la encausada con participación del Ministerio Público) ponía en evidencia el hallazgo de la droga encontrada en la casa materia de intervención y, por tanto, la existencia de la materialidad del delito. La Sala Superior, luego, analizando la obligatoriedad o no de la grabación de las diligencias, descartó dicho medio de prueba, alegando que la diligencia de allanamiento no fue grabada, restándole calidad de prueba a dicha acta, pese a que de sus propios fundamentos afirmaban que "ni la norma procesal ni el indicado protocolo obligan a grabar en video dicha diligencia"; lo que constituye una clara ilogicidad en la motivación.

DECIMONOVENO. Por otro lado, conforme se ha descrito líneas antes, otro elemento que sirvió para concluir por la existencia de la materialidad del delito fue el acta de embalaje y lacrado de droga; sin embargo, este también fue materia de cuestionamiento por la Sala Superior:

Efectivamente el acta existe; sin embargo, es de anotar que ello constituye una actuación posterior, que se realiza luego de realizarse el descarte de la droga, que es una prueba de campo y que en este caso, no se realizó de inmediato en el inmueble, sino en horas después.

Adicionalmente, no se ha realizado la cadena de custodia de las sustancias presuntamente encontradas en la vivienda allanada, lo cual conlleva a la incertidumbre de que las muestras luego sometidas a los reactivos corresponda a las halladas en la vivienda [sic].

Esto es, primero indica, de forma válida, que el acta de embalaje y lacrado de droga (foja 41) establece de manera cierta el hallazgo de droga, medio de prueba contiene la descripción de las muestras que se sometieron a examen, cuyo resultado fue positivo para alcaloide de cocaína, dejándose expresa constancia del lacrado de las muestras, siendo firmado por el fiscal y la defensa de los imputados; empero, luego lo cuestiona, indicando que no se "realizó la cadena de custodia [sic]", lo que conlleva a la incertidumbre de las muestras sometidas a los reactivos, objetando con ello también el resultado preliminar de pericia química –señalada en la propia sentencia de vista–, que arroja clorhidrato de cocaína para las muestras analizadas. Por tanto, se evidencia un razonamiento completamente ilógico.

VIGÉSIMO. Por otro lado, en cuanto a la vinculación de la droga incautada con la encausada Edith del Pilar Izquierdo Sierra, la Sala Penal Superior analizó: i) el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias; ii) los informes de inteligencia de la Policía Nacional del Perú; iii) el CD que contiene la grabación del video; y iv) las actas de embalaje y lacrado de droga. Al respecto, el Colegiado Superior llegó a afirmar que el acta de allanamiento "acredita que la Policía Nacional ingresó al inmueble con previa orden judicial; además, acredita quiénes participan de la diligencia y quiénes fueron encontrados en el interior del inmueble". Así mismo, señaló lo siguiente:

Pone en evidencia –entre otras cosas– en una habitación había una cama con un colchón y sábanas, y que al levantar el colchón se encontró una bolsa de polietileno, entre el colchón y las tablas, la misma que contenía cinco bolsas de polietileno, pequeñas conteniendo sustancias blancas, pulverulentas que presentan grumos al ser palpada. Así mismo, que en otra área se halló igualmente debajo del colchón una bolsita de polietileno conteniendo tres envoltorios de papel tipo kete con una sustancia blanca con olor y características a pasta básica.

A pesar de haber afirmado la existencia de elementos de prueba, la Sala Penal Superior no llegó a analizar, como elementos que vincularían a la encausada con la droga incautada en el inmueble allanado, una serie de medios de prueba

glosados en la sentencia de primera instancia, y que fueron admitidos para su actuación en juicio oral. Es de señalar, además, que la impugnación de la parte civil y del Ministerio Público versaba sobre vicios en la motivación de los medios de prueba, que fueron ofrecidos para acreditar los hechos imputados, tales como:

Testimonial en juicio del policía Jonathan Castillo Gonzales, participante del allanamiento de la casa de la encausada, quien dio detalles del mismo y señaló los lugares donde se encontró la droga incautada, con presencia fiscal y autorización del juez competente.

Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada, el cual determinó que en la muestra de sarro ungueal, en ambas manos, se presentó cocaína.

Declaración en juicio del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz, quien ratificó la pericia que determinó que en las manos de la encausada se halló restos de cocaína en el sarro ungueal.

Testimonial en juicio del policía Manuel Reyes Albújar, quien participó en el allanamiento a la vivienda de la encausada con presencia fiscal y autorización del juez competente. Dio detalles de la intervención y firmó el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias, en que se dejó constancia del hallazgo de la droga en la casa de la encausada.

Indicio de capacidad para delinquir, en la medida en que la encausada tiene antecedentes por tráfico ilícito de drogas, pues fue condenada a siete años de pena privativa de libertad.

Al respecto, lo anterior constituye falta de motivación en su vertiente de motivación incompleta, en la medida en que se ha eludido el examen de los medios de prueba antes acotados, trascedentes para la dilucidación de la vinculación de la droga incautada con la encausada absuelta.

VIGESIMOPRIMERO. Cabe precisar que estos defectos en la motivación no solo se evidencian en la sentencia de vista emitida por el Colegiado Superior, sino que también se pueden apreciar en la sentencia de primera instancia. En efecto, en dicha sentencia se llegó a consignar y describir el aporte de los medios de prueba incorporados a juicio oral, conforme se desprende del rubro "Medios de prueba incorporados válidamente al juicio oral", estos son los siguientes:

i. Declaración en juicio de la encausada Edith del Pilar Izquierdo Sierra.

ii. Testimonial del policía Jonathan Castillo Gonzales.

iii. Testimonial del policía Manuel Reyes Albújar.

iv. Ratificación del perito Johnny Cotrina Alcántara, respecto al Informe Pericial de Droga número 3963/16.

v. Testimonial de Besle Francisco Luna Zapata.

vi. Declaración del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz, respecto al Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada.

vii. Informe de Inteligencia número 09-2016.

viii. Acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias.

ix. Acta de registro personal de la encausada.

x. Informe de Inteligencia número 13-2016.

xi. CD que contiene imágenes de la labor plasmada en el Informe 13-2016.

Ahora bien, pese a ello, el Colegiado de primera instancia basó sus argumentos en el cuestionamiento de los Informes de Inteligencia número 09-2016 y número 13-2016, y concluyó que estos no se encuentran corroborados, sin ponderar de manera conjunta los medios de prueba antes acotados. Al respecto, se debe indicar que los informes de inteligencia efectuados por la Policía, per se, son documentos que sirven como indicadores de la presunta comisión de un delito y pueden ser utilizados para dictar medidas cautelares de carácter real o personal, posibilitando la obtención de medios de prueba (en el caso concreto, sirvieron para que se dicte la orden de allanamiento). En este contexto, los que tendrían que haber sido objeto de análisis a profundidad no debieron ser los informes de inteligencia, sino los medios de prueba obtenidos como consecuencia de estos, que fueron válidamente incorporados a juicio oral; extremo en el que se aprecia falta de motivación, en su vertiente de motivación incompleta.

VIGESIMOSEGUNDO. Cabe acotar que, en cuanto a la naturaleza de los informes de inteligencia, el Colegiado de primera instancia no tiene un concepto uniforme. Así, en un principio, indicó: "Sobre el informe de inteligencia Nº 09-2016, a criterio de este Juzgado Colegiado debe ser considerado como un acto de investigación, en tanto los hechos afirmados no hayan sido materia de corroboración [...]". Luego, afirmó: "Sin perjuicio de ello se pasará a evaluar el contenido del informe y determinar la deficiencia de los mismos, sin dejar de mencionar su inconducencia, lo que impide tomarla como prueba pre-constituida [sic]". Para, después, señalar lo siguiente:

Si bien los informes de inteligencia pueden ser considerados prueba documental, y son importantes en tanto dan a conocer al órgano jurisdiccional conocimientos que no fueron constatados de manera directa por este órgano, obviamente tampoco son vinculantes si no se encuentra rodeada de elementos objetivos que den certeza de su contenido [...].

En este sentido, del propio texto de la sentencia de primera instancia se desprende un claro defecto lógico en la motivación, respecto a la naturaleza de los informes de inteligencia, en tanto que, en un inicio, se indicó que los informes de inteligencia deben ser considerados como actos de investigación, para, luego, señalar que son inconducentes y que no pueden ser tomados como prueba preconstituida, y que pueden ser considerados prueba documental y son importantes, si son corroborados.

Este defecto en la motivación ocasionó que no se puedan valorar, de manera adecuada, los medios de prueba incorporados descritos con anterioridad, que guardan relación con el esclarecimiento de los hechos.

VIGESIMOTERCERO. Por otro lado, el Colegiado de primera instancia ha señaló como hecho no probado lo siguiente: "No ha quedado acreditado que la cocaína haya sido encontrada en el domicilio de la procesada, en tanto el único testigo de este hecho es el oficial Castillo Gonzales [sic] y su versión no cumple con el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116". Respecto a esta afirmación, el Colegiado, analizando los parámetros del citado acuerdo plenario, señaló, respecto a la **incredibilidad subjetiva**: "El efectivo policial Castillo Gonzales al momento de declarar no mostró sentimientos de animadversión, odio, encono u otro encaminado a perjudicar a la procesada Izquierdo Sierra, por consiguiente el primer presupuesto se cumple".

Sin embargo, analizando el parámetro de ***verosimilitud***, precisa:

Su actuación desde el inicio del presente proceso ha carecido de objetividad en tanto se puede afirmar por la falta de medios de prueba, que o aportado para la elaboración del informe Nº 09-2016, **se sustentó en elementos subjetivos y cuestiones personales, conociendo a la procesada desde años anteriores por haberla intervenido por el delito de tráfico ilícito de drogas.**

Este nunca informó a su comando sobre la existencia de la supuesta conducta ilícita de la procesada, bajo la justificación de no laborar en la división antidrogas de la Policía Nacional, y **es solo cuando reingresa a esta unidad en la que inmediatamente procede a efectuar trabajo de inteligencia destinado a la detención de la procesada**, basándose en sus antecedentes para sustentar su imputación, algo que el Código Penal prohíbe.

De lo antes descrito, se advierte claramente ilogicidad en la motivación, en tanto que, en un principio, se afirma que no existe incredibilidad subjetiva; sin embargo, luego se señala que el informe elaborado por el citado policía se sustentó en elementos subjetivos y cuestiones personales.

VIGESIMOCUARTO. Cabe precisar que, en cuanto a la afirmación de que no ha quedado acreditado que la cocaína haya sido encontrada en el domicilio de la procesada, el Colegiado de primera instancia no ha tomado en cuenta el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias, efectuada en presencia del Ministerio Público; las testimoniales en juicio de los efectivos policiales intervinientes Jonathan Castillo Gonzales y Manuel Reyes Albújar. A su vez, no se ha tomado en cuenta la declaración en juicio del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz respecto al Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada en ambas manos, el cual determinó que en la muestra de sarro ungueal presentó cocaína; medios de prueba que no han sido materia de análisis de manera conjunta –a pesar de haber sido glosados en la propia sentencia-. Por tanto, se evidencia falta de motivación en su vertiente de motivación incompleta, pues no es posible que este vicio sea subsanado en un pronunciamiento de segunda instancia.

VIGESIMOQUINTO. En este sentido, conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, corresponde casar la decisión venida en grado, de acuerdo a la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, al evidenciarse que las sentencias de primera y segunda instancia han sido expedidas con falta de motivación y manifiesta ilogicidad de la motivación. En este contexto, conforme la competencia de este Supremo Tribunal –estipulada en el artículo 433, inciso 1, del Código Procesal Penal–, resulta necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, en el que se debe realizar un estudio minucioso del caso, valorar debidamente cada uno de los medios de prueba directos e indirectos generados en el presente proceso y adoptar una decisión debidamente motivada, recurriendo para ello, de ser necesario, a la jurisprudencia emitida por esta Corte Suprema, en relación a la valoración de declaraciones testimoniales y motivación en materia de prueba indiciaria.

254

§254. Motivación insuficiente como causal de nulidad de condena

Recurso de nulidad	883-2018-LIMA
Fecha	19 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

El Tribunal de Instancia incurre en causal de nulidad cuando no dispone la realización de las diligencias necesarias para establecer la responsabilidad o no del procesado en el hecho delictivo imputado.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. Del análisis de autos y los términos del recurso impugnativo, se advierte que los magistrados de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, no realizaron una debida apreciación de los hechos atribuidos al encausado Raúl Alfredo Binasco Carnero; ni compulsaron de forma apropiada los medios de prueba que obran en autos; además, no realizaron diligencias importantes para establecer su inocencia o responsabilidad en el delito imputado.

CUARTO. En efecto, el Tribunal de Instancia, para justificar el extremo condenatorio de la sentencia impugnada (ver considerando jurídico VII: Valoración), esgrimió una motivación insuficiente, pues argumentó que: a) El testigo Harold André Flores Montero brindó detalles de la vestimenta con la que

vio al encausado Binasco Carnero el día del asalto, las cuales concordaban con las de las imágenes captadas por la cámara de seguridad. b) El estudio antropológico físico arrojó un estándar de probabilidad mayor al setenta por ciento para concluir que el sujeto del video es el encausado Binasco Carnero. c) El encausado viajó a Argentina al día siguiente de producido el atraco. Aunado a ello, se tiene que el Colegiado Superior no dispuso la realización de otras diligencias importantes para establecer válidamente la inocencia o responsabilidad del encausado Binasco Carnero en el delito imputado.

QUINTO. Al respecto, se advierte que el Colegiado Superior incurrió en causal de nulidad insubsanable prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales, al no haber motivado adecuadamente cuáles serían los elementos de prueba que acreditarían la comisión del ilícito penal (robo con agravantes, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho; en concordancia con los incisos tres y cuatro, del primer párrafo, e inciso uno, del segundo párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal) atribuido al recurrente, con lo que se infringió la garantía prevista en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Estado; puesto que:

i) No se estableció si el testimonio de Harold André Flores Montero fue brindado con o sin animadversión en contra del encausado Binasco Carnero, por haber mantenido una relación sentimental con su anterior pareja. Máxime si este no mantiene una versión uniforme en la secuela del proceso penal.

ii) Las conclusiones arribadas en el Informe Antropológico Forense número dos cero uno seis cero cero nueve cero cero cero cinco cinco cinco no fueron sometidas a debate pericial con el Informe Técnico de Parte.

iii) No se ha establecido bajo qué circunstancias viajó el encausado Binasco Carnero a Argentina un día después del evento delictivo, ni tampoco los medios de los que dispuso para trasladarse.

SEXTO. En tal sentido, es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se recabarán: a) La versión de Ana Belén Márquez Palomino, quien deberá informar al Tribunal si mantuvo una relación sentimental con el encausado Binasco Carnero, posterior a su relación con el testigo Harold André Flores Montero; asimismo, de ser necesario se practicará una confrontación con los citados sujetos a fin de establecer la existencia de una rencilla entre ambos.

b) La versión de Harold André Flores Montero, quien informará al Tribunal respecto de si sus declaraciones y reconocimientos primigenios fueron vertidos por una animadversión en contra del encausado Binasco Carnero. c) Un debate pericial entre los peritos que elaboraron el Informe Antropológico Forense (foja setecientos cincuenta y uno) y el Informe de Técnico de Parte (foja mil doscientos treinta y ocho) para establecer el grado de correspondencia entre el sujeto que aparece en las imágenes captadas el día del atraco y el encausado Binasco Carnero. d) Las versiones de Carlos Roberto Donayre Benavides y Luis Leandro Bermúdez Sullón, quienes ratificarán, ante el Tribunal, el reconocimiento que hicieron a nivel preliminar del encausado como "Alfredito". e) La versión del SOT1 PNP David Efraín Zevallos Mayta, quien brindará detalles al Tribunal respecto a los datos que recibió producto del cruce de información y entrevistas que tuvo con informantes para dar con el apelativo

"Alfredito" y que este había participado efectivamente en el atraco de la calle Capón.

SÉPTIMO. Por tanto, de conformidad con la facultad conferida en el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código Adjetivo, es de rigor rescindir la sentencia recurrida, en el extremo que condenó a Binasco Carnero y disponer que en un nuevo contradictorio, dirigido por otro Colegiado, se realicen las anotadas diligencias y las demás necesarias para el esclarecimiento cabal de los hechos.

Octavo. En cuanto a la situación jurídica del encausado Binasco Carnero, este Supremo Tribunal advierte que el plazo de la prisión preventiva se encuentra vencido conforme al artículo doscientos setenta y tres, del Código Procesal Penal ya que mediante resolución emitida en la audiencia del catorce de noviembre de dos mil diecisiete, de fojas mil doscientos cuarenta y cuatro se dispuso la ampliación de la prisión preventiva por el término de dos meses. En consecuencia, corresponde otorgarle la libertad con las restricciones que establece el artículo doscientos ochenta y ocho, del Código Procesal Penal.

14. RECURSO DE APELACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

255

§255. La impugnación por la nulidad por vicios procesales

Casación	229-2015-LIMA
Fecha	10 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 405° y 416° del NCPP

RESUMEN:

La impugnación por la nulidad por vicios procesales debió entenderse extensivamente como impugnación de la reparación civil en los delitos de peligro.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO QUINTO: Siendo importante para admitir el recurso, la expresión de agravios y su debida fundamentación, su inadmisibilidad por esta causa no puede basarse en meras formalidades como esté expresamente consignada en la sumilla, pues si puede desprenderse de los fundamentos del escrito, se cumplió este requisito, lo que debe considerarse para no afectar el derecho al recurso. La lectura de la fundamentación del recurso debe seguir las reglas de la lógica: no contradicción, razón suficiente, identidad, etc.

DÉCIMO SÉPTIMO: Entonces, a impugnar la suficiencia de la resolución por vicio procesal, por lógica no puede dejarse firme una sentencia con

posibles vicios hasta que se pronuncie la segunda instancia definitivamente sobre este punto, pues podría existir la incoherencia de declararse nula la condena y pena, de la que deriva la reparación civil y esta subsistir. De ahí que deba analizarse esto al momento de leer el recurso para establecer su es que el petitorio de nulidad de la sentencia implica suficiencia del extremo de la reparación civil.

DÉCIMO OCTAVO: En este caso se trata del delito de tráfico de influencias simulado, que es un delito de peligro. Los delitos pueden dividirse en dos: de resultado de peligro.

VIGÉSIMO: En los delitos de peligro la sala presencia del hecho típico supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Por ende, no existe resultado que genere un daño emergente, lucro cesante u otro.

VIGÉSIMO PRIMERO: No obstante el Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis [fundamento decimo], señala que cabe la posibilidad que exista reparación civil en los delitos de peligro, pues se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual--. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo].

VIGÉSIMO SEGUNDO: Entonces, la reparación civil se logrará si se acredita la comisión del hecho punible. En el presente caso, al ser un delito de peligro, su reparación está subordinada a la existencia del delito que se cuestiona por afectación por vicios procesales, de ahí que la impugnación por la nulidad debió entenderse extensivamente como impugnación de la reparación civil.

VIGÉSIMO QUINTO: Entonces, el invocar que el hecho imputado no es delito por falta de antijuricidad –al existir la causa de justificación que los hechos que se le imputan al procesado se realizaron en ejercicio de actos de abogacía-, supone, en determinados casos, que la conducta no ha causado ningún tipo de daño en el ordenamiento jurídico. De ahí que el juzgado debió haber hecho un razonamiento sobre si la alegación de justificación de la defensa involucrada también sobre la existencia de daño civil.

256

§256. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	722-2014-TUMBES
Fecha	18 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.

RESUMEN:

En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenado al absuelto; corresponde ***declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral****, en primera instancia, para salvaguardar e derecho al recurso del procesado; y por tanto, la decisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Conforme fue establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y uno del cuaderno de casación, del quince de mayo de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-Derecho al recurso. Debido a que se habría afectado el derecho a recurrir la sentencia de segunda instancia del encausado Luis Fernando Ángeles Arista, vía recurso de apelación, pues en primera instancia se le absolvió, pero en segunda se le condenó, siendo esta la primera vez que se le condena y no existe posibilidad de recurrir esta decisión, en cuanto al fondo del asunto, existiendo posiciones disímiles en la jurisprudencia sobre la resolución de este problema, por lo que merece ser evaluado.

II. Del motivo casacional. Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

Vicente Gimeno Sendra postula que en el ámbito penal, el derecho a los recursos se encuentra previsto en el inciso uno del artículo dos del Protocolo Adicional número siete, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el inciso cinco del artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York, en virtud del cual, "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior según lo prescrito por la Ley".

TERCERO. Al respecto, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del veinte de julio del dos mil, señala que no se dio al condenado la oportunidad del doble grado penal, disponiéndose en el inciso uno de su párrafo once, lo siguiente: "[...] El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo cinco, artículo catorce del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena [...]"; asimismo, el párrafo trece señala: "[...] De conformidad con el apartado a) del párrafo tres, del artículo dos del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo cinco, del artículo catorce del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas [...]".

CUARTO. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Moham d vs. Argentina, sentencia del veintitrés de noviembre de dos mil doce se pronunció sobre el alcance del literal H, inciso dos del artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución; estableció que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte refirió que el derecho de impugnar el fallo condenatorio busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el citado artículo se refiere a un recurso ordinario accesible y

eficaz, lo cual supone, que: Debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

QUINTO. Cabe precisar que en la jurisprudencia nacional existían posiciones disímiles sobre la condena del absuelto, en virtud a que la configuración legal de nuestro sistema procesal penal -literal b), inciso tres, del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal-, lo permite. No obstante, limita el derecho a recurrir del sentenciado, pues solo estaría habilitado como medio impugnatorio a interponerse contra dicha sentencia de vista el recurso de casación, el mismo que por su concepción tiene un carácter limitado a aspectos jurídicos y no fácticos y probatorios. Debiendo recurrir a la norma internacional -inciso cinco del artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York- que manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una sentencia condenatoria, la consecuencia jurídica es que esta se pueda cuestionar ante un tribunal superior; es decir, el procesado tiene derecho a impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

SEXTO. Así las cosas, la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, del veintisiete de mayo del dos mil quince, en los fundamentos cuatro punto doce y cuatro punto trece, establece: "[...]si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber- por no existir- un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio de proceder *(vicio in procedendo)*. Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia. [...] con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia, para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación".

SÉPTIMO. La citada doctrina jurisprudencial vinculante fue acogida por la casación número quinientos cuarenta y dos-dos mil catorce-Tacna, del catorce de octubre del dos mil quince, que sostiene: "Ante una sentencia de vista que revoca

la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde este no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia, corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia"; y por la reciente Casación número cuatrocientos cinco-dos mil catorce-Callao del diez de mayo de dos mil dieciséis.

OCTAVO. En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenando al absuelto; corresponde declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en primera instancia, para salvaguardar el derecho al recurso del procesado; y por tanto, la revisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional.

257

§257. Reglas para solucionar los casos de condena del absuelto

Casación	405-2014-CALLAO
Fecha	27 de abril de 2016
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 425°, inciso 3, literal b del NCPP.

RESUMEN:

El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, solo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

I. *FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.*

Tema a dilucidar

La posibilidad de condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera, conforme al artículo literal "b" del inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal, a la luz de la normativa nacional y supranacional.

MOTIVO CASACIONAL: LA CONDENA DEL PROCESADO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DESPUÉS DE HABER SIDO ABSUELTO POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

1. A la fecha en que es emitida esta sentencia casatoria, el tema de la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola lo condena, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal en las sentencias recaídas en la Casación N°385-2013- San Martín y la Casación N°195-2012-. Moquegua. Siendo sobre la base de las conclusiones ya alcanzadas que se desarrollará la doctrina jurisprudencial en este caso.

2. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación N° 385-2013- San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince que ha sostenido

> *" Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia (es condenado), de su derecho a impugnar, pues el contenido del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos es claro al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado".*

3. A esta solución se arribó en consonancia con la jurisprudencia y, esencialmente, con la normativa internacional que incide directamente sobre la condena del absuelto. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - en adelante PIDCP - en el inciso quinto del artículo catorce reza:

> *Toda pe4rsona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

4. En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normas y como principios. La norma estructurada como principio es un mandato de optimización (Optimierungsgebote), mientras que la norma estructurada como regla es un mandato definitivo (definitive

Gebote), capaz de ser aplicado por subsunción por cuanto "obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva". Lo que esto implica es que las normas estructuradas como reglas obedecen a la estructura clásica de toda norma que contempla un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

5. Así las cosas, la norma internacional antes citada (Inc. 5 del Art. 14 del PIDCP es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal (culpabilidad en palabras del PIDCP), una sentencia condenatoria, se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

6. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que, si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivos donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control.

7. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional6 en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitado a las causales expresamente recogidas en la norma procesar y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas por la ley. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio.

8. En este orden de ideas, la apelación es "el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquél que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal". Si hemos descartado la posibilidad de considerar a la casación como el mecanismo impugnatorio idóneo para

lograr garantizar la pluralidad de instancias del condenado en segunda instancia, pese a haber sido absuelto en primera instancia, el recurso de apelación se muestra como un medio impugnatorio idóneo para lograr dicha finalidad.

9. El problema es que un recurso de las características necesarias para satisfacer las exigencias del inciso quinto del artículo catorce del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia. Para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la casación N° 385-2013- San Martín en sus fundamentos jurídicos: cinco punto veintiséis (5.26) en el cual se propone la habilitación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y en el cinco punto veintisiete (5.27) es que se propone la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto.

10. A la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada. Consecuentemente, nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber -por no existir - un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (*vicio in procedendo*). Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia.

11. En atención a todo lo expuesto y con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito al recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular los fallos dictados en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación

258

§258. Valoración de la prueba en segunda instancia

Casación	96-2014-TACNA
Fecha	20 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Fundamentos jurídicos vinculantes	5°, 6°, 8°, 9°, 12° y 13°

RESUMEN:

En este sistema la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza: i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones. ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato. iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc. iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

En segunda instancia la falta de coherencia entre una declaración y otra debe ser analizada y valorada cuando se presente manifiesto error o la apreciación infrinja las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia. De otra forma, se estaría revalorando la prueba y no un control de la valoración.

FUNDAMENTOS:

1. ***Aspectos generales*PRIMERO.** Como hechos imputados se tiene que el nueve de febrero, a las veintitrés horas, la agraviada estuvo libando licor en compañía del imputado con quien había tenido el año 2008 y 2009 una relación de enamorados. Sin embargo, por inmediaciones del Pub Rock and Roll, ubicado en el Pasaje Vigil-Tacna, al promediar la una con treinta horas, del diez de abril de dos mil once, decidieron abordar un taxi con la finalidad de dirigirse a la vivienda de la agraviada; sin embargo, el acusado aprovechando el estado en que ella se encontraba, desvió el recorrido del taxi, la llevó a un hotel ubicado a inmediaciones de la Plaza Grau, Cercado de Tacna, de nombre Costa Sur, una vez dentro de una de las habitaciones, aprovechando del estado etílico de la agraviada, se puso violento y agresivo porque no quería tener relaciones sexuales, comenzando a sacarle la ropa, llegando el extremo de arrancarle sus prendas íntimas y tirarla violentamente sobre la cama para abusar sexualmente de ella vía vaginal, previamente el imputado le agarraba de los brazos, se subía encima de esta, le abría las piernas con la mano y en seguida procedió a penetrarle con el pene en la vagina de forma violenta causándole dolor, no conforme con ello, el acusado sacó un arma de fuego amenazándola con matarla y matarse, luego, la volteó violentamente en la cama, boca abajo, es decir, de cúbito dorsal, la penetró por el ano causándole fuerte dolor, ocasionándole lesiones producto de la violencia. La retuvo en el lugar de los hechos hasta las seis horas para luego dejarla cerca a su domicilio.

SEGUNDO. El Juzgado Penal Colegiado condenó al procesado sobre la base que:

i) El debate se centró en si hubo violencia o amenaza y si el acusado aprovechó su condición de efectivo policial para cometer el delito.

ii) El acusado contaba con veintiún años, era policía, tenía una relación de enamorados con Ximena Valdivia Barrios, quien se encontraba embazada. La agraviada tenía veinte años, laboraba como radio operadora en la Empresa Taxi Torval desde las seis a las doce con treinta horas.

iii) Fueron enamorados en los años 2006 a 2008, pero la relación no era sólida, pues surgían rompimientos inesperados, por ello, el nueve de diciembre de dos mil once salieron nuevamente juntos, a pesar de que supuestamente habían terminado su relación.

iv) El acusado la llamaba constantemente, ante la insistencia salieron para conversar, fueron a un video pub, tomaron dos jarras de pisco sour, el acusado señala que ella estaba más consciente, ella indica que él quería seguir tomando, pero le dijo que no, porque se sentía mal, lo que es más creíble por su condición de mujer, la calidad del trago y la cantidad, en cambio, el acusado es efectivo policial joven, tiene vivencias sociales y cultura etílica sólida.

v) Sobre lo que ocurrió el diez de febrero de dos mil once:

a. la agraviada refiere que pidió la lleve a su casa, abordaron el taxi para su casa, luego recordó que estaba en las escaleras del hotel, cogida del barandal, apoyada a la pared, el acusado la acompañaba, luego ingresaron a un cuarto, él se puso violento, imagina que quería tener relaciones sexuales, se estaba sacando la ropa, ella le dijo que no quería tener relaciones sexuales, le arranchó el polo, sacó el pantalón, discutieron, forcejearon, no la dejaba salir, lloraba, le jaló de los brazos y tiró a la cama, se echó encima de ella, la besó, hubo penetración vaginal, forcejaron, pero no podía hacer nada pues era más fuerte que ella, el acusado le reclamaba que le había sacado la vuelta, luego de eso la volteó y se echó encima de ella y hubo penetración anal, sintió dolor, él le decía que iba a pasar, no podía salir de la habitación, el acusado tenía su ropa interior, cuando se aceraba a la puerta él la acorralaba, también la amenazó con su arma. Estuvieron en el hotel, a las seis de la mañana, la hizo subir a un taxi, llegó a su casa, abrió la puerta y su madre la vio llorando, se cambió y se fue a trabajar.

b. El acusado acepta que las relaciones sexuales fueron consentidas, siendo cierto que tuvieron una discusión aquella noche, pero debido a que la agraviada se enteró que tenía pareja y estaba embarazada.

c. Concluye la Sala que la existencia de una relación previa no lleva a dudar de la versión de la agraviada, pues el solo rompimiento no llevaría a denunciar falsamente a alguien. El argumento del acusado no es creíble, pues ya sabía de la existencia de la pareja del acusado.

vi) Sobre la existencia de violencia, la versión de la agraviada se corresponde con el peritaje médico legal del once de febrero, un día después de los hechos, que indica la existencia de: a) Lesiones traumáticas recientes, compatibles a compresión, sugilación y fricción. b) Signos de desfloración antigua. c) Signos de lesiones genitales recientes. d) Signos de actos

contranatura. Así como lo vertido por la perito. Esto desbarata la posición de la defensa de que las lesiones se causaron por un accidente anterior, que la agraviada señaló ocurrió hace seis meses. Como se registraron víctima y acusado en el hotel, la administradora no declara haber escuchado o visto, para no comprometer a su representada. Las lesiones no necesariamente deben localizarse en los glúteos, espalda o a nivel de la parte posterior del cuerpo, pero existen huella de comprensión que incluso dejaron impronta de dedos, además de una serie de lesiones en el brazo, antebrazo y codo, neutralizando los miembros superiores o inferiores de la víctima, que le sirven de defensa. Además, el acusado es más corpulento y ella estaba ebria.

vii) Las lesiones de la agraviada no provienen de una relación consentida, pues demuestran el uso de violencia para saciar su apetito sexual, que se nota desde la insistencia en salir con ella, llevarla a un lugar a tomar un licor fuerte, donde pidió dos jarras y viéndola mareada en vez de llevarla a su casa la conduce a un hostal, para tener acceso carnal, con quien horas antes se había reconciliado, valorando dicha conducta como una especie de castigo y venganza.

viii) La amenaza grave no fue efectiva para doblegar la voluntad de la víctima, lo efectivo fue el uso de la fuerza.

ix) La violencia dejó huellas en el aspecto psicológico de la agraviada, que concluye indicadores de abuso emocional compatible de estresor psicosexual.

x) El peritaje sobre la veracidad del testimonio de la agraviada, señala que presenta características de verosimilitud.

xi) La versión de la agraviada supera el requisito de la incredibilidad subjetiva y está corroborada con los exámenes físicos y psicológicos, sustentados en juicio.

xii) Se desestima la agravante por calidad del sujeto activo, miembro policial, pues se conocían y estaban vinculados sentimentalmente.

xiii) La agraviada justificó porque no hizo la denuncia inmediatamente después a la ocurrencia del hecho delictivo, además, posteriormente se retractó ante la presión de la familia del acusado, el veintiséis de abrió se reafirmó en su imputación.

xiv) El acusado, antes que la agraviada interponga su denuncia, por mensaje de texto le pide perdón y expresa su amor, al día siguiente la llama y dice que todo puede ser como antes y luego envía otros mensajes, donde le

piden que piense y que el daño está hecho, estos siguen el doce de febrero, incluso le escribe la hermana del acusado aceptando que le hicieron daño; luego ella recibió mensajes del padre y otros familiares para que se retracte de la denuncia.

xv) Su relato cumple con el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116.

TERCERO. La Sala de Apelaciones para revocar la condena y absolver al acusado indicó que:

i) Las declaraciones prestadas por la agraviada presentan contradicciones en su relato fáctico:

a) Señala que salieron del local Pub a la una y media de la madrugada para abordar un taxi con destino a su domicilio, pero en su tercera declaración, efectuada meses después, refiere que se retiraron a las doce y media de la madrugada.

b) Sobre la supuesta grabación con la cámara celular que realiza el acusado de la agraviada, esta solo se señala en la tercera declaración, lo que no es lógico, pues el lapso transcurrido es de un día, por lo que brindar este tipo de detalles es importante, más cuando señaló que ese día se encontró con la pareja del acusado y con él para confrontarlo antes de poner la denuncia.

c) En la primera declaración refiere que luego que el acusado la penetrara vaginalmente, sacó un arma de fuego, le apuntó a la cabeza, diciéndole que la iba a matar y luego él se mataría, diciéndole que se voltee para tener relaciones vía anal, es decir, primero se realiza la amenaza y luego penetración anal, lo que difiere de su tercera declaración, donde dice que después de grabarla con el celular el acusado la penetró analmente y luego saca el arma de fuego.

ii) Existe contradicción sobre las horas de salida del local y la secuencia de hechos, en la primera declaración se omite detalles que son incorporados en la tercera declaración, lo que no es razonable, más si se considera la edad de la víctima, pues puede precisar la forma cómo ocurrieron los hechos y dar una declaración uniforme, estas contradicciones merman su coherencia y solidez, por lo que no existe verosimilitud.

iii) Como no es verosímil no se puede establecer si hubo consentimiento para mantener el contacto sexual.

iv) Las lesiones que presenta no desvirtúan el consentimiento, incluso podrían ser producto de una relación coital consentida, pues la forma de ejecución del acto depende de la voluntad de los intervinientes y las circunstancias que rodeen el acto, como estar bajo los efectos del alcohol.

v) El peritaje psicológico sobre verosimilitud no ha sido contrastado con la declaración que efectúa al denunciar el delito, solo señala que dichos relatos corroboran lo vertido en la primera pericia psicológica, por lo que no es relevante el aporte de esta prueba.

CUARTO. En su recurso de casación el Ministerio Público argumenta:

i) El inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal es claro sobre que la única posibilidad que tiene la Sala Superior para otorgar valor probatorio diferente a la declaración de la agraviada que fue objeto de inmediación por el juzgador es la actuación de prueba en segunda instancia, que ataque o cuestione el valor probatorio de la primera y no como pretende aplicar la Sala Superior la supuesta existencia de una zona opaca y otra abierta.

ii) El ad quem, luego de otorgar valor probatorio diferente ha vulnerado –o no ha cumplido– las reglas de valoración global de la prueba, pues no se valoró conjuntamente:

   a. El peritaje médico legal.

   b. Mensajes de celular.

   c. La declaración del imputado que acepta haber mandado mensajes.

   d. Peritaje psicológico que establece que el relato de la agraviada presenta características de verosimilitud.

   e. Las declaraciones de la madre de la agraviada.

iii) Por ello, la Corte Suprema debe emitir doctrina jurisprudencial sobre la correcta aplicación e interpretación del inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal.

2. *La valoración de la prueba personal*

QUINTO. En un sistema de sana crítica la valoración de la prueba no se deja librada a la íntima convicción del juez, al contrario, debe valorarla teniendo en consideración las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, mediante una valoración razonada, la que debe

ser motivada, a través de criterios normativos que sirven al juez en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor.

SEXTO. En este sistema la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza:

i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones.

ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato.

iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc.

iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

SÉPTIMO. El Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/ CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco (Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), las recoge, así se señala que la declaración, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, debe cumplir los siguientes requisitos:

i) Ausencia de incredibilidad subjetiva; esto es, que existan relaciones, entre agraviado e imputado, basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que le nieguen aptitud para generar certeza.

ii) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria.

iii) Persistencia en la incriminación; es decir, que la sindicación sea permanente. El cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de sus declaraciones se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

3. La valoración de la prueba personal en segunda instancia

OCTAVO. La instancia recursiva implica una serie de limitaciones: al objeto de conocimiento, como son: lo que piden los recurrentes, a través de sus

agravios; la incorporación de prueba, pues solo se admite la nueva; la valoración de la prueba personal, pues por designio del inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal el Tribunal de Apelación no puede variar el resultado probatorio sobre la prueba personal realizada en primera instancia, si no hay prueba nueva.

NOVENO. Picó i Junoy ya había puesto de relieve esta temática en la jurisprudencia española, estableciendo la excepción cuando el razonamiento judicial de instancia sea ilógico, irracional, arbitrario, incongruente, absurdo, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, etc.

DÉCIMO. Estas consideraciones fueron recogidas en diversos pronunciamientos jurisprudenciales: sentencias de casación número cinco-dos mil siete-Huaura, del once de octubre de dos mil siete, número 3 dos mil siete – Huaura, del siete de noviembre de dos mil siete, ambas de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; y, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número dos mil doscientos uno-dos mil doce-PA/TC, del diecisiete de junio de dos mil trece.

DÉCIMO PRIMERO. Estas forman parte de la doctrina jurisprudencial vinculante recogida en la sentencia de casación número trescientos ochenta y cinco-dos mil trece-San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince, que establece que:

i) Las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el Tribunal de Apelación, que debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada. Esto es parte de las llamadas zonas opacas.

ii) Pero también existen zonas abiertas, que se da cuando el juez asume como probado un hecho a través de la prueba:

   a. Apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto.

   b. Oscura, imprecisa, dubitativa, ininteligible, incompleta, incongruente o contradictoria en sí misma.

   c. Que es desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia.

iii) En la prueba personal la Sala de Apelaciones debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. El hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se

valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Ad quo y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado.

iv) El Tribunal de Alzada está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Es distinto controlar la valoración probatoria del Ad quo y que el Tribunal de Apelaciones realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; estando permitida la primera y la segunda proscrita.

DÉCIMO SEGUNDO. La contradicción a la que se refiere la jurisprudencia vinculante es a la que se aprecia en la misma manifestación, no a la comparación que se hace entre las diversas que se hubieran prestado en el transcurso del proceso.

DÉCIMO TERCERO. Sin embargo, la falta de coherencia entre una declaración y otra debe ser analizada y valorada cuando estas versiones son apreciadas con manifiesto error o la apreciación infringe las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, de otra forma se estaría revalorando la prueba y no un control de la valoración.

259

§259. Reglas en los casos de condena del absuelto

Casación	499-2014-AREQUIPA
Fecha	16 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 425° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	12° y 13°

RESUMEN:

Ante la condena del absuelto, el Juez no puede dejar de resolver, ***la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida,*** *pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.*

Sin embargo, ***la solución de anular el fallo condenatorio (sic.) dictado en primera y segunda instancia es excesiva,*** *pues una de las facultades de la Sala.*

FUNDAMENTOS:

1. ***Aspectos generales.***

PRIMERO. Se imputa que el día 13 de septiembre de 2010, Karina Irene Villalva Condori, junto con su esposo Miguel Ángel Valdivia Colana, suscribieron un acta de conciliación de pensión alimenticia a favor de su hija GisellAlejandra,

por la cual éste se comprometía a una pensión de mil soles mensuales, además, del sesenta por ciento de las utilidades y liquidación que recibía.

Sin embargo, el 11 de octubre de 2010 Miguel Ángel Valdivia Colona, representado por su abogado Manuel Jesús Ascuña Chavera presentó un escrito de nulidad de la conciliación, luego, el 23 de noviembre de 2010, se emitió el auto de vista del 27 de enero de 2011, declarando improcedente el recurso de nulidad.

En ese contexto y conociendo los denunciados la conciliación aludida, Miguel Ángel Valdivia Colana y su madre Jova Sosa Colana, en forma concertada y con la finalidad que aquel se sustraiga a sus deberes, simularon una obligación alimentaria, procediendo la acusada a presentar demanda de alimentos el 25 de octubre de 2010 en contra de su hijo Miguel Ángel Valdivia Colana, la que fue declarada inadmisible por el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante; por lo que se presentó una subsanación el 8 de noviembre de 2010, autorizando el escrito el abogado Moscoso Valencia, para luego presentar en forma conjunta un escrito de transacción el 18 de noviembre de 2010, autorizando el mismo abogado Ascuña Chavera, transacción que fue aprobada. En la demanda la acusada Colona Sosa señaló domicilio en el inmueble de la urbanización Pedro Diez Canseco T-18 que resulta falso, ocurriendo lo mismo respecto al domicilio que se consignó para el demandado.

SEGUNDO. Como se señaló en el auto de calificación de casación, habiéndose dado la condena de procesados, que en primera instancia fueron absueltos de los cargos atribuidos y que en virtud de dicha situación procesal, no plantearon recurso de apelación alguno, no habiendo en el caso específico, hecho uso de su derecho a la pluralidad de la instancia, merece la definición de un sentido interpretativo de la norma procesal contenida en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal. Por ello, indicó que, en este caso excepcional, esta Corte Suprema de Justicia haciendo uso de su facultad discrecional considera necesario analizar la condena del absuelto.

2. *La condena del absuelto*

TERCERO. El inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal establece una serie de poderes que tiene el Juez de Alzada frente a la impugnación contra la sentencia de primera instancia. El literal b) de la citada norma establece que si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez.

CUARTO: Estas causó una serie de pronunciamientos a nivel jurisprudencial y doctrinario en cuanto a su constitucionalidad y viabilidad. Por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente número 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la sentencia de primera instancia absolutoria y reformándola condenó al acusado. En contra se puede citar la sentencia recaída en el expediente número 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que señaló que condenar al absuelto coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*. Por ello, declaró inaplicable, a este caso concreto, el apartado b) del inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, elevando en consulta su decisión.

QUINTO. Ello produjo que la Corte Suprema se pronunciara. La Consulta número 2491-2010-Arequipa, del 14 de septiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, señaló que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, por lo que desaprobó la resolución consultada. En esa línea, la Sala Penal Permanente se pronunció en la sentencia de Casación número 195-2012-San Martín, del 05 de septiembre de 2013, que determinó que la condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto:

i) Cambio de valoración de prueba que no requiere inmediación.

ii) Cambio de valoración de prueba personal por actuación de prueba en segunda instancia.

iii) Corrección de errores de derecho, lo que se estableció como doctrina jurisprudencial.

Pese a todo este desarrollo, la decisión sobre el fondo fue declarar nula la sentencia de vista y de primera instancia, por afectación de la inmediación y motivación de las resoluciones, respectivamente. Este parecer tuvo eco en la sentencia de Casación número 40-2012-Amazonas, del 19 de septiembre de 2013, que reafirma la constitucionalidad de la condena del absuelto y, pronunciándose por el fondo del asunto, absolvió al recurrente.

SEXTO. Posterior a ello, los pronunciamientos de la Sala Penal Permanente se fueron morigerando. La sentencia de Casación número 280-2013-Cajamarca,

del 13 de noviembre de 2014, indica que al producirse la condena del absuelto se le deja al condenado sin un recurso eficaz, pues la Casación es muy restringida. En consecuencia, se debe crear un órgano jurisdiccional que tenga competencia para realizar un juicio integral de hecho y derecho sobre los aspectos que fundaron una sentencia condenatoria que en segunda instancia revoca una absolutoria. Por esto es que se declara nula la sentencia de vista y de primera instancia por vulneración al derecho a la motivación.

SÉPTIMO. La Sentencia Casatoria número 385-2013- San Martín, del 05 de mayo de 2015, refirió que sí es posible condenar al absuelto, pero supeditado a la actuación probatoria en audiencia de apelación; no obstante, repite que se debe habilitar salas revisoras en cada Distrito Judicial que hagan el juicio de hecho y derecho en la condena en segunda instancia del absuelto o se habilite un recurso a este efecto. Sobre esa base, al pronunciarse sobre el fondo, se señaló que la sentencia de vista dio un sentido distinto a las declaraciones vertidas en el juicio oral, por lo que, actuando como sede de instancia confirmaron la absolución.

OCTAVO. La Casación número 194-2014-Ancash, del 27 de mayo de 2015, estableció que frente a la condena del absuelto el recurso de casación no es el adecuado, sino el de apelación; sin embargo, mientras no se habiliten Salas Revisoras en cada Distrito Judicial para que realicen el juicio del condenado por primera vez en segunda instancia o un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto, se debe anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que, si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. Lo que es doctrina jurisprudencial, por lo que anuló las sentencias materia de recurso. Estas consideraciones fueron tomadas por la Casación número 542-2014-Tacna, del 14 de octubre de 2015 y repetidas como doctrina jurisprudencial en la Casación 454-2014-Arequipa, del veinte de octubre de 2015.

NOVENO. En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario, limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho , como lo exige la normativa (artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8. 2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera

Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009), que sí se satisfacen con el recurso de apelación.

DÉCIMO. En consecuencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Mohamed vs. Argentina, del 23 de noviembre de 2012, al declarar al Estado argentino como responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena [...] y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida. En el mismo sentido se puede ver en la Observación General N° 32, del 23 de agosto de 2007, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

DÉCIMO PRIMERO. Es decir, el Estado debe otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia (condena del absuelto) un recurso que revise esta primera condena. No obstante, a pesar de que esto se dijo en las Casaciones 280-2013-Cajamarca y 385-2013-San Martín; aún no se ha previsto este mecanismo, por lo que, queda latente la posibilidad de afectar el derecho al recurso.

DÉCIMO SEGUNDO. Habida cuenta que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.

DÉCIMO TERCERO. Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal y esta Corte Suprema que lo hizo en las sentencias Casatorias número 385-2013-San Martín y 40-2012-Amazonas. Incluso en el Código de Procedimientos Penales, que prohíbe la condena del absuelto por exigencias de inmediación, también prevé que se confirme la absolución.

DÉCIMO CUARTO. Esto es así pues la presunción de inocencia es un principio que informa todo el proceso penal, orienta su actividad y le establece reglas:

i) De tratamiento del imputado.

ii) Probatoria.

iii) De juicio.

La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio, así, si es que la parte acusadora no logra acreditar sus afirmaciones al no existir medios de prueba suficiente, se deberá absolver al procesado, asimismo, si existe tanto prueba de cargo como de descargo y el Juez no llega a la convicción, absolverá por el principio *in dubio pro reo.*

DÉCIMO QUINTO. Con mayor razón, si se establece que existe prueba de la inocencia o el hecho es atípico, justificado, no culpable o no concurre una condición objetiva de punibilidad (lo que tiene relación con el principio de legalidad), se deberá absolver al procesado conforme al artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO SEXTO. Esta facultad puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, que es un derecho para el procesado de que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal, teniendo la carga de comparecer al proceso, no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable, para analizar esta se deben valorar tres criterios:

i) La complejidad de la causa (número de cargos, procesados, agraviados, testigos, medios de prueba, la gravedad del ilícito, otras condiciones que harían demorar el trámite del proceso).

ii) Actividad del agente estatal (Juez, Fiscal).

iii) Actividad de la defensa del inculpado.

260

§260. La Condena del Absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	454-2014-AREQUIPA
Fecha	20 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4,15 y 4,16

RESUMEN:

El tribunal de apelación (Revisor) no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, solo podrá anular el fallo de primera instancia a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

4.15: Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto; sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutiva está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales

y legales de la sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial.

4.16: Asimismo, bajo la línea jurisprudencial anotado y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo –toda vez que con ello se protege el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado-, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal –Órgano jurisprudencial capaz de revisar la condena en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

261

§261. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	542-2014-TACNA
Fecha	14 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.

RESUMEN:

Ante la sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde este no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria en segunda instancia; por tanto, ante la ausencia de un presupuesto procesal de existencia y rebatidos los fundamentos de la primera sentencia, ***corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia****, de modo tal que si el procesado es encontrado responsable el ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria pueda ser revisada por una sala superior con facultades amplias de control mediante el recurso de apelación, respetando de esta manera la garantía constitucional del carácter procesal del derecho a recurrir que asiste a todo condenado.*

FUNDAMENTOS:

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince del cuaderno de casación, del dieciséis de marzo del dos mil quince, el motivo de casación admitido es: Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-Derecho al recurso.

Sobre el particular, en el auto que resuelve el recurso de queja de fojas doscientos ochenta y nueve, se advierte que se habría afectado el derecho del encausado a recurrir la sentencia de segunda instancia, vía recurso de apelación, pues en primera instancia se le absolvió, pero en segunda se le condenó, siendo esta la primera vez que se le condena y no existe la posibilidad de recurrir esta decisión, en cuanto al fondo del asunto, existiendo posiciones disímiles en la jurisprudencia sobre la resolución de este problema; por tanto, existe controversia que merece ser evaluada para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

a. En este sentido, corresponde efectuar un análisis previo a efectos de salvar la posible vulneración al debido proceso sancionadas con nulidad absoluta, ya que conforme a lo establecido en el artículo cuatrocientos nueve numeral uno del Código Procesal Penal, "La impugnación confiere al tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante"; al respecto el Ministerio Público, denuncia errónea valoración de la prueba en el juicio oral; sin embargo, la Sala Superior Penal de Apelaciones, considera que la sentencia ha argumentado y sustentado cada uno de los medios de prueba postulados y actuados en juicio oral; y, las incidencias alegadas inciden directamente en un análisis de fondo del hecho sometido a instancia, por tanto no puede ser alegados como causal de nulidad (...); por consiguiente, no se advierte vulneración al contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, desestimando así el agravio invocado (la nulidad).

b. Corresponde entonces, efectuar un re-examen de los temas de fondo, en función de los agravios invocados por el apelante, por cuanto el pronunciamiento del Tribunal Superior, encuentra su límite en lo prescrito en el artículo cuatrocientos diecinueve numeral uno del Código Procesal Penal.

c. Los hechos postulados por el Ministerio Público (...) resultan típicos y fueron cualificados como delito de uso de documento público falsificado, siendo así el tipo penal ha sido individualizado, lo cual resulta de pleno conocimiento del imputado y su defensa.

d. El juez penal es libre para obtener su convencimiento porque para ello no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta o prueba indiciaria. También resulta cierto que este se encuentra vinculado a la valoración de la prueba observando "las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados".

e. En cuanto a la vinculación del imputado Jorge Díaz Alcázar, está probado que el día veintidós de noviembre del dos mil ocho fue intervenido cuando se encontraba conduciendo el vehículo de placa de rodaje número BIS-quinientos veintidós, llevando como copiloto a Glenn Arturo Calderón Ercilla, que dicho vehículo fue objeto de robo en la ciudad de Lima -siendo procesado por dicho ilícito-. Ahora, no sólo es que el imputado conducía el vehículo, también está acreditado que el vehículo lo poseía como propietario al haberlo adquirido de una tercera persona que no supo identificar, a quien supuestamente le vendió su vehículo dándole en parte el vehículo que llevaba las placas falsas.

f. La falsedad de la placa del vehículo materia de proceso se ha probado según el Dictamen pericial de placa de rodaje (...), lo cual forma convicción al juzgador, no siendo necesario su visualización, ya que, no han sido rebatidas por la defensa técnica mediante otro medio de prueba idóneo, quedando así determinada la falsedad, faltando correspondencia con la verdad y, en dicho escenario era utilizado el vehículo para trasladarse de un lugar a otro. Por tanto, se tiene cumplidos los presupuestos del delito en su faz objetiva.

g. Respecto al aspecto subjetivo, la defensa del imputado, ha sostenido en audiencia que el acusado Jorge José Díaz Alcázar, no conocía la falsedad de dichas placas, extremos que merece un exhaustivo análisis. El Fiscal Superior ha indicado que la duda a favor del imputado se supera con una alta probabilidad de conocimiento que le da el oficio de compra y venta de vehículos que tenía el imputado; situación confirmada por el citado imputado quien reconoció desarrollar tal actividad laboral, lo cual permite rebatir cualquier probabilidad de desconocimiento, con más razón la forma y circunstancia como adquirió el vehículo, lo cual no hace más que corroborar que el acusado se representó una alta probabilidad de la falsificación de la placa, a título de dolo eventual (conciencia del riesgo típico). El hecho de recibir en garantía o en parte de pago dicho vehículo, luego de dar en venta su vehículo de mayor valor, sin que identifique a su transferente, aunado a la experiencia que refiere ostentar, al dedicarse a la compra y venta de vehículos usados, no resulta razonable que entregue formalmente su vehículo de mayor valor, recibiendo uno de menor valor con placas falsas proveniente de un ilícito penal de otra provincia y, subsista incluso un saldo deudor, sin identificar plenamente a dicha persona, ni la documentación del vehículo, lo cual aunado a la orden de captura que registraba la unidad vehicular de placa de rodaje número BIT-cuatrocientos dieciocho, solo evidencia que el acusado conocía o se representó la procedencia ilícita, con el agregado que tampoco lo hizo inspeccionar en SIROVE-PNP, (...) todo lo cual no hace más que evidenciar la conducta dolosa del imputado a nivel de dolo eventual, lo que resulta suficiente para configurar el delito.

III. Del motivo casacional. Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

TERCERO: La Ejecutoria del dieciséis de marzo de dos mil quince, que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal citada, específicamente en su quinto fundamento jurídico, señala la razón por la que se concedió el recurso: *"...No obstante que el Tribunal Supremo desestimó los cuestionamientos realizados por el quejoso; sin embargo, decidió declarar fundado el recurso de queja por un tema que en estricto no fue propuesto por el recurrente, ello en atención a la capacidad discrecional que le otorga el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, para decidir en qué casos es necesario que se emita pronunciamiento para el*

desarrollo de la doctrina jurisprudencial. En tal sentido, estando a que en este caso nos encontramos ante un tema controversial, como lo es la condena del absuelto, resulta necesario que se declare bien concedido el recurso de casación por la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-derecho al recurso..."; en tal sentido, se debe realizar ahora el pronunciamiento sobre el siguiente aspecto: La posibilidad de condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera, conforme al artículo literal b) del inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, a la luz de la vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal- Derecho al recurso, que le asiste al imputado.

CUARTO. Respecto al punto anotado en el fundamento jurídico anterior referido a la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola los condena, cabe precisar que existen posiciones disímiles en la jurisprudencia; así tenemos: Casación número ciento noventa y cinco- dos mil doce-Moquegua que establece supuestos de condena del absuelto; Casación número trescientos ochenta y cinco —dos mil trece-San Martín que autoriza a condenar al absuelto siempre que se actúen prueba en segunda instancia; Casación número doscientos ochenta- dos mil trece-Cajamarca que insta a crear un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia; y, Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash que establece que hasta que exista esta Sala de Apelaciones se declaren nulas las sentencias que condenan al absuelto. Por lo que, este Supremo Tribunal ejercitará su función unificadora a fin de evitar la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

QUINTO. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, del veintisiete de mayo del dos mil quince, ha sostenido en su fundamento jurídico cuatro punto ocho (4.8): "En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho a impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control"; y el cuatro punto nueve (4.9): "En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda

instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitada a las causales expresamente recogidas en la norma procesal y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas en la ley. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que reviste el fallo condenatorio".

SEXTO. En ese sentido, postula el jurista Vicente Gimeno Sendra que en el ámbito penal, el derecho a los recursos se encuentra previsto en el artículo 2.1 del Protocolo adicional número 7, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York, en virtud del cual, "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior según lo prescrito por la Ley".

SÉPTIMO. Al respecto, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 20 de julio de 2000, constata que no se le dio al condenado la oportunidad del doble grado penal, disponiéndose en el párrafo 11.1. del citado documento lo siguiente: *"...El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena..."; asimismo, el párrafo 13 señala: "...De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas...".*

OCTAVO. En función a lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, se debe emitir pronunciamiento en razón a que nos encontramos ante una sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia -condena del absuelto-, la misma que según la configuración legal de nuestro sistema procesal penal, limitaría el derecho a recurrir del sentenciado, pues solo estaría habilitado como medio impugnatorio a interponerse en contra de dicha sentencia de vista el recurso de casación, el mismo que por su concepción tiene un carácter limitado a aspectos jurídicos y no fácticos y probatorios; para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la Casación número

trescientos ochenta y cinco- dos mil trece-San Martín, las mismas que no han sido realizadas, esto es, la creación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia y la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto .

NOVENO. En tal línea discursiva, la solución jurídica aplicable viene dada en los fundamentos cuatro punto doce (4.12) y cuatro punto trece (4.13) de la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, que a la letra dice: "... si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber- por no existir- un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio de proceder (vicio in procedendo). Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia. (...) con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de estas propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia, para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación."

DÉCIMO. Siendo la única solución aplicable la declaración de nulidad de la sentencia de vista, corresponde analizar la de primera instancia, que emite fallo absolutorio a mérito de una presunta ausencia del elemento subjetivo de dolo falsario, sosteniendo que: a) Los acusados han negado conocer que las placas con las que circulaban el vehículo eran falsas, toda vez que tenían en su poder el vehículo como prenda de pago. b) No se verificó que conducir un vehículo con placas falsas haya causado una potencial lesión al bien jurídico de correcto funcionamiento del tráfico jurídico. c) Dichas placas no fueron puestas a vista del juez conforme al principio de inmediación. Fundamentos carentes de sustento que configuran una motivación aparente por cuanto basa su decisión en frases sin sentido probatorio y jurídico, por lo que fueron rebatidos en la sentencia de vista.

DÉCIMO PRIMERO. Conforme al artículo ciento cincuenta y ocho numeral primero del Código Procesal Penal, la Sala Penal de Apelaciones hizo nueva valoración de las pruebas periciales y documentales actuadas en primera instancia -toda vez que no se admitió ningún nuevo medio probatorio-; en consecuencia, acreditó que: a) El vehículo de placa de rodaje número BIS-quinientos veintidós, era poseído por el imputado Jorge Díaz Alcázar como propietario al haberlo

adquirido de una tercera persona que no supo identificar, a quien supuestamente le vendió su auto, recibiendo como parte de pago el vehículo que llevaba la placa de rodaje falsa. b) La falsedad se ha probado según el dictamen pericial de placa de rodaje, lo cual forma convicción al juzgador, no siendo necesario su visualización, ya que, no han sido rebatidas por la defensa técnica mediante otro medio de prueba idóneo. c) Con relación al aspecto subjetivo, relativo a que el acusado Jorge José Díaz Alcázar no conocía de la falsedad de la placa de rodaje, se comprobó que este se representó una alta probabilidad de la falsificación de ésta, a título de dolo eventual (conciencia del riesgo típico), en razón al conocimiento que ostentaba por desarrollar el oficio de compra y venta de vehículos, como lo reconoció en el interrogatorio, lo cual permite rebatir cualquier probabilidad de desconocimiento, aunado a la forma y circunstancia como adquirió el vehículo. Por tanto, corresponde se emita una nueva sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO. Así las cosas, nos encontramos ante una sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde éste no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia; por tanto, ante la ausencia de un presupuesto procesal de existencia y rebatidos los fundamentos de la primera sentencia, corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia, de modo tal que, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria pueda ser revisada por una Sala Superior con facultades amplias de control mediante el recurso de apelación, respetando de esta manera la garantía constitucional de carácter procesal del derecho a recurrir que le asiste a todo condenado.

262

§262. Actuación Probatoria en el juicio de apelación

Casación	385-2013-SAN MARTÍN
Fecha	05 de mayo del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts. 425°, 429° y 432 del NCPP. Art. 139° inc. 6 de la CPE.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	5.10 al 5.17

RESUMEN:

En el caso sub examine la Sala Penal de Apelaciones otorgó diferente valor probatorio a las declaraciones vertidas por el encausado en primera instancia que fue objeto de inmediación por el Juez de la investigación preparatoria, esto es, la prueba documental; tanto más que su valor probatorio no fue cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia; advirtiéndose que dicha decisión no solo afecta las garantías constitucionales al debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, sino además la unificación de la doctrina jurisprudencial! dada por este Tribunal Supremo respecto a los parámetros de interpretación y aplicación de una determinada norma, esto es, del aparatado dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, al emitir la Casación N ° 195-2012 del cinco de setiembre de dos mil trece; en consecuencia, la sentencia recurrida debe casarse

FUNDAMENTOS:

5.13. En segunda instancia, respecto a la labor de valoración de la prueba personal, debemos tener en cuenta que el Ad quem solo puede valorar los medios probatorios que se actuaron ante él, ello en virtud del principio de inmediación. Dicho de otro modo, las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el Ad quem, lo que significa que este órgano debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada por el Ad quo.

5.14. En esta línea, MONTERO AROCA Y FLORS MATÍEZ sostienen que "Tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única inmediación es aquélla de la que goza el Tribunal de Instancia, a quién corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la inmediación, debiendo prevalecer esa valoración salvo que se evidencia un fallo en el razonamiento lógico o en el íter inductivo del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias y absurdas, y lo mismos debe decirse cuando se trata de la prueba pericial.

5.15. Aunado a ello, esta Sala Suprema al emitir la Casación N° 05-2007-Huaura, manifestó que en materia de valoración de prueba personal es cierto que el Ad quem, en virtud a los principios de inmediación y de oralidad, no está autorizado a variar la conclusión o valoración dada por el Ad quo. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. Agrega que en los casos de valoración de prueba personal en segunda instancia, el Ad quem tiene el margen de control o intervención que está vinculado a la coherencia interna de la valoración realizada por el Ad qua y. que tiene que ver con aquello que la doctrina comparada denomina "zonas abiertas". Las zonas opacas son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación por lo que la valoración dada en primera instancia no es susceptible de revisión; en consecuencia, no es pasible de variación. Las zonas abiertas, sin embargo, son aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del Juzgador de primera instancia que pueden ser objeto de fiscalización a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Este último caso puede darse cuando el Juez Ad qua asume como probado un hecho: Es apreciado como manifestó error de modo radicalmente inexacto; es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio entre sí; o, e) pudo ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia. Finalmente, concluye que en la prueba personal, el Ad quem debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos

de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Ad qua y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado.

5.16. En ese sentido, existe una limitación impuesta al Ad quem, descrita en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal a fin de no infringir el principio de inmediación; esto es, 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. Dicho aquello, si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

5.17. En esa línea, que el Juzgador de primera instancia cometa un error al valorar la prueba es algo sustancialmente contrario a que efectúe una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación limitado; es decir, es distinto controlar la valoración probatoria del Ad qua en contraste a que el Ad quem realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

5.18. En consecuencia, es de concluir que la Sala Penal de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en audiencia de apelación, ello en fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el status de inocencia del encausado, previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

5.19. Que, establecido como desarrollo jurisprudencial la posibilidad de condenar al absuelto, bajo los parámetros precitados, queda establecer además si la condena del absuelto limita el derecho que tiene el procesado a recurrir una sentencia condenatoria, al ser condenado por primera vez en vía de apelación.

263

§263. Ámbito de delimitación de la decisión en segunda instancia y derecho a la defensa

Casación	413-2014 – LAMBAYEQUE
Fecha	7 de abril de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 104 del NCPP.

RESUMEN:

las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y ates de su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A. De las facultades del actor civil y el principio acusatorio.

DÉCIMO SEXTO: El derecho a impugnar está consagrado por el inciso sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que preceptúa como garantía del debido proceso jurisdiccional o administrativo; sin embargo, la normatividad legal que regula estos procesos, en nuestro caso, el Código Procesal Penal, señala a los sujetos procesales legitimados para que este derecho pueda ser ejercido.

DÉCIMO SÉTIMO: El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: *deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé*; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos -entre otros en su inciso d) – impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

DÉCIMO OCTAVO: De lo anotado precedentemente, se tiene que existe una definición clara del rol protagonista que le corresponde al actor civil. Esta línea jurisprudencial se plasmó en la Casación N° 353-2011 – Arequipa, del cuatro de junio de 2013, que en su fundamento jurídico 4.5, señala que: "(...) *el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión* (...)"; por consiguiente, no existe duda que al actor civil le asiste el derecho de apelar en resguardo de sus intereses, pues bajo ese contexto está legitimado para impugnar la sentencia absolutoria.

DÉCIMO NOVENO: De otro lado, habiéndose establecido que sí es facultad del actor civil el recurrir una sentencia absolutoria, queda por establecer si existe legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna una sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO: Al respecto, debe precisarse que el Tribunal Constitucional en el expediente número dos mil cinco – dos mil seis – PHC/TC, señala que: "(...)La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. (...)*Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte resolución de archivo* (...).

VIGÉSIMO PRIMERO: Estando a lo expuesto, se debe tener en consideración que emitida una sentencia absolutoria, y leída la misma en audiencia pública o privada (según el caso), cuando el único impugnante sea el actor civil, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si, el

Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución; toda vez que, el inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, mientras que el artículo catorce del Decreto Legislativo número cero cinco dos, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, y el artículo once de la precitada norma regula que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público; aunado a ello, se debe tener presente que el artículo quinto de la Ley Orgánica aludida, establece la autonomía del Ministerio Público y preceptúa que están jerárquicamente organizados u debe sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, este Supremo Tribunal considera que no puede sostenerse el cumplimiento del principio acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación -sin tener la condición de impugnante, sino parte del proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera instancia; en tal situación, el Tribunal de Apelación está expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio.

B. CAPACIDAD NULIFICANTE DE LA SALA Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA RECURSAL.

VIGÉSIMO CUARTO: El artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, dispone la competencia del Tribunal Revisor en los siguientes casos: "(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas. 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio(...)". En tal sentido, se tiene que la mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor.

VIGÉSIMO QUINTO: La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es al derecho de defensa, pues si el Tribunal Revisor modifica, sea aumentando o retirando para de los actos procesales no impugnados, deja en indefensión a una de las partes que no planteó sus argumentos antes que el pronunciamiento sea emitido. La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría afectarse resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resulta sumamente lesiva para esta institución.

VIGÉSIMO SEXTO: La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral 1, respecto a que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación.

Ambos serán tratados en la siguiente sección.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Asimismo, el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral primero, establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que -incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante- el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, si se trata de nulidades absolutas o sustanciales.

VIGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, debe precisarse que la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y por tanto debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; y, en atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas.

La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad. Si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontramos frente a la nulidad absoluta.

TRIGÉSIMO: El Código Procesal Penal define la nulidad absoluta en su art. 150, en los términos siguientes: "(...) a*) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la constitución* (...)".

El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labor del Magistrado.

Entonces podemos señalar que una grave afectación a los mismos será entendible como un vicio grave que acarrea la nulidad del acto procesal que la originó.

TRIGÉSIMO PRIMERO: EL magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad de declarar de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales pueden ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, está facultado normativamente a intervenir en estos casos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es que competencia del Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. En este sentido, a juicio de este colegiado, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor más allá del objeto de impugnación, si se trata de una declaratoria de nulidad de oficio, y, exista actos procesales vinculados a qué sea declarado nulo, los cuales -consecuentemente- también deben ser declarados nulos, por más que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

TRIGÉSIMO TERCERO: También cabe recordar que el ejercicio de la competencia del órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a determinados límites, siendo uno de ellos, el principio dispositivo de los medios impugnatorios: **TANTUM DEVOLTUM QUANTUM APPELLATUM**, es decir, sólo puede pronunciarse acerca de los hechos alegados por las partes, siempre que estos hayan sido invocados. De acuerdo con las normas precitadas al resolver una apelación, el Tribunal de Mérito no puede fundamentar el fallo en temas que no han sido materia de contradicción oportuna ni alegados por los sujetos procesales, más aún si el Ministerio Público en lo atinente a la responsabilidad penal consintió tal extremo; pues caso contrario, se estaría violando el deber de congruencia, con repercusiones en el derecho de defensa de las partes.

TRIGÉSIMO CUARTO: Los agravios expresados en los recursos impugnatorios van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor, atendiendo al principio de congruencia recursal, concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión judicial;

por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas, en tanto la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso, del que dimana que en el presente sólo se emitirá pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos, que fueron concedidos; toda vez que el libro IV del Código Procesal Penal, referido a la impugnación, otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar los concretos agravios que a su parecer le causó la resolución judicial que cuestiona, lo cual supone el señalar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso; de ahí que, admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes de un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por los otros sujetos procesales.

TRIGÉSIMO QUINTO: En tal sentido, las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y ates de su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa.

DERECHO DE DEFENSA EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

TRIGÉSIMO SEXTO: El derecho de defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado 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 una abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (Cfr. STC N.° 06260-2005-HC/TC).

TRIGÉSIMO SÉTIMO: El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que

es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individua. *Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos* (Exp. N.° 0582-2006-PA/TC; exp. N.° 5175-2007 – HC/TC, entre otros).

TRIGÉSIMO OCTAVO: El derecho de defensa en el proceso penal se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente.

TRIGÉSIMO NOVENO: El derecho de defensa está regulado por distintos ordenamientos jurídicos en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales; así, en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado de 1996, se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Los numerales 1 y 3, literal b, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa. *En efecto: 1. "(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección*".

Asimismo, el artículo 8 numeral 1, y el literal "c" numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce estas garantías, así: "Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". La "defensa procesal" como garantía fundamental es reconocida por el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar lo siguiente: *1.Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El "aseguramiento de todas las garantías necesarias para su defensa" a la que alude la*

Declaración Universal de los Derechos Humanos, implica el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.

CUADRAGÉSIMO: El Derecho de Defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el Art. IX del Título Preliminar, estableciendo que: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que:

- se le informe de sus derechos.

- se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.

- ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.

- se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.

- 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.

En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de la primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público; quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: El artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal, regula el desarrollo que debe seguir la audiencia de apelación; allí se expresa, entre otras cosas, que se dará oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como ratifiquen los motivos de la apelación.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En tal sentido, es obligación de la parte recurrente esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa, de esa manera no se le vulnerará sus derechos constitucionales y no se le dejará en indefensión.

264

§264. La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el juicio de Apelación

Casación	195-2012-MOQUEGUA
Fecha	05 de setiembre del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 425°.2 y 429° del NCPP. y el art. 2°.24-e) de la Const.

RESUMEN:

No se puede cuestionar la diferente valoración de la prueba que pueda hacer el órgano de segunda instancia con respecto a la sentencia impugnada de primera instancia, sino el cuestionamiento se podría centrar en la actuación de las pruebas en segunda instancia, ya que ***el juez de esta última está facultado para cambiar el valor probatorio.***

Si el debate se da por una cuestión estrictamente jurídica, entonces es suficiente la sola presencia del abogado*; en cambio, si el debate de centra sobre cuestiones de hecho que comprometen la declaración de inocencia o culpabilidad del encausado; es obligatoria la presencia del imputado.*

Se debe actuar debidamente prueba alguna para que se pueda variar sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia en base de la inmediación y la defensa debida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DÉCIMO TERCERO: Dicho lo anterior, estando a lo prescrito por el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y

considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación, que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el *Ad quo*, la posibilidad de condena en segunda instancia se remitiría a los siguientes supuestos: **I)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituída o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación; **II)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal –que en principio está prohibido- en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí, la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano *Ad quem* sí tiene inmediación; y, **III)** un tercer supuesto, aunque no está relacionada a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de derecho.

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien, el punto más conflictivo se presenta cuando la condena en segunda instancia se debe al cambio del valor probatorio de una prueba personal debido a la actuación de prueba en esta instancia; cabe precisar que aún cuando no podría cuestionarse la valoración de la prueba personal, no obstante, si el cuestionamiento se fundamenta en la prueba actuada en segunda instancia, el juez *Ad quem* estará facultado para cambiar el valor probatorio de aquella.

DÉCIMO QUINTO: Que, aún cuando en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efecto de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resultaría absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigirá una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia; no obstante, debemos señalar que tal situación procesal se remedia con la regulación del recurso de casación, oportunidad en la que el justiciable podrá establecer en atención a las causales previstas por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, afectación, errónea interpretación, indebida aplicación u otros de garantías constitucionales de orden material o procesal; o de normas penales sustantivas o adjetivas; y en su caso una indebida motivación en relación al objeto de decisión. Por ello, como lo señala Ferrajoli[188]el valor de la doble

[188] FERRAJOLI, Luigi, "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquía". En: Nueva Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, 1996.

instancia consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial, y si bien el juez de segunda instancia no asegura infalibilidad, la conciencia jurídica ha determinado, así lo creemos, que las decisiones sean más legítimas (confiables) cuando han sido revisadas o al menos se ha tenido esa posibilidad. Si bien, no se está exento de las críticas que sostienen que la apelación no debe concebirse como una revisión de lo resuelto en virtud de errores o vicios que corregir, sino como la oportunidad de una nueva decisión, como el mecanismo o medio procesal que permite que otro juez (superior) conozca la causa y emita una decisión, siendo esta la que prevalezca.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso –como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena plateada por los acusadores, para su resolución no resulta necesaria oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *Ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

DÉCIMO SÉTIMO: Que, tal y como comparte nuestro Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las

garantías –cristalizado ahora en la garantía de inmediación- es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche alguno cuando la condena pronunciada en apelación –tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación- no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de órgano *Ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, es de concluir que la Sala de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en la audiencia de apelación con fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado; que, en tal virtud, como en el caso de autos se advierte que la audiencia de apelación se circunscribió a escuchar los alegatos de las partes, esto es, no se actuó prueba alguna para que se varíe sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia, dicha sentencia de segunda instancia debe ser anulada al haberse expedido con plena afectación a las normas procesales vigentes y por ende a la garantía genérica del debido proceso.

265

§265. Obligatoriedad de la presencia del imputado a la Audiencia de Apelación

Casación	183-2011-HUAURA
Fecha	05 de setiembre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 396º, 423º y 425º.4 del NCPP.

RESUMEN:

El Órgano Jurisdiccional debe poner el conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de la audiencia de apelación, en tanto les permite hacer valer sus posiciones antes de que la causa se resuelva en segunda instancia.

A pesar de que la asistencia de todas las partes es obligatoria, si es que la impugnación fue interpuesta por el Fiscal; ***la no concurrencia del imputado recurrido –y por tanto, no recurrente- no suspenderá el juicio****, toda vez que la audiencia se efectuará con la presencia de su abogado defensor. Por ello,* ***no es necesario que el imputado concurra a la audiencia de apelación, pero sí lo será su citación a ella.***

FUNDAMENTOS:

"**Cuarto:** Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, son dos los puntos sobre los que este Supremo Tribunal debe efectuar algunas precisiones de carácter procedimental, respecto a concretas situaciones que vienen generando algunas divergencias entre el proceder de los Magistrados –al menos en este caso- que conforman las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia donde ya se encuentra vigente el Código Procesal Penal con el criterio asumido por los representantes del Ministerio Público, siendo éstas las siguientes:

4.1. Respecto a la Convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación:

4.1.1. Que, resulta claro de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal que una vez que se ha decidido la admisibilidad de la prueba ofrecida –como ha sucedido en el presente caso- se deberá convocar a las partes, incluso a los imputados no recurrentes a la audiencia de apelación, efecto esta norma hace mención a que el Órgano Jurisdiccional debe poner en conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de dicha audiencia, con el fin de dárseles la oportunidad a que puedan asistir y hacer valor sus posiciones antes que la causa sea resuelta en segunda instancia.

4.1.2. Que, asimismo, el inciso dos del citado dispositivo legal y que habría sido vulnerado, según alega el recurrente, con el proceder del Colegiado Superior, estipula: "*...Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente,* ***así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal...***"; en efecto, dicha norma en principio establece la obligatoriedad de la asistencia del imputado recurrido ante la impugnación efectuada por el Fiscal; sin embargo, dicha norma debe ser comprendida y aplicada no de manera aislada y literal, sino que debe interpretarse en forma sistemática con las demás disposiciones que guardan relación con dicho permiso inicial dentro del marco jurídico vigente, así se tiene que el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés de la norma acotada, señala: "***...Si los imputados son partes recurridas*** –se entiende no recurrentes- ***su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia...***". Entonces, resulta razonable establecer que no obstante la obligatoriedad anotada, el Legislador ha previsto casos en los que no concurra el imputado recurrido, en tales supuestos la fórmula legal a seguir por el juzgador no es suspender el juicio, sino por el contrario, en esos casos la audiencia se debe llevar a cabo, tanto más si concurre el abogado defensor del procesado.

4.1.3. Que, al respecto el inciso uno del artículo setenta y uno del Código Procesal Penal establece: "*...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...*", como vienen a ser la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, igualdad ante la Ley, a la doble instancia, entre otros; asimismo, se ha dejado anotado en el Recurso de Apelación número cero dos –dos mil nueve de la Libertad, fundamento octavo, lo siguiente: "*...pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones no requiere de modo necesario la presencia del imputado (...)* ***La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien***

debe reconocerse analógicamente la representación del imputado *y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres del Código Procesal Penal...".*

Asimismo, se ha dejado establecido en la Casación número uno – dos mil siete –HUARUA,, de fecha veintiséis de julio de dos mil siete, lo siguiente: "...*Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: "Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio, según sea el caso". No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado-, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso- y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. SI el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo- o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa, o su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal-, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio...*"

4.1.4. Que, de lo expuesto, entonces, es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

4.1.5. Que, en cuanto a lo alegado por el recurrente en el sentido que ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los Jueces Superiores no disponen previamente su conducción coactiva y declararlos contumaces,

cabe indicar que dicha disposición contenida en la parte final del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés, debe ser aplicada, caso por caso y no en forma definitiva, general e indiscriminada, ello pues en algunos casos concretos, la prueba de carga conocida por el Órgano Jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado de contumaz, cuando su presencia –que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor- no sea determinante para definir la decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que exista en cada caso particular, el Juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la no imposición de las medidas anotadas en la parte final del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal signifique *per se* afectación al debido proceso.

4.2. Sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia por las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia:

4.2.1. Que, respecto a la diligencia de lectura de sentencia, debe indicarse que en el Código Procesal Penal existen normas genéricas que regulan su desarrollo tras el juicio oral llevado a cabo tanto por el Juzgado Unipersonal o Colegiado, respectivamente, como se advierte del Título VI –artículo trescientos noventa y dos y siguientes- de la Sección III del citado Texto Legal –al respecto, el inciso tres del artículo trescientos noventa y seis establece lo siguiente. "*...La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública...*" -como las específicas vinculadas a la lectura de sentencia en segunda instancia, que se encuentra regulada en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado: que el inciso cuatro de este dispositivo legal señala: "*...**La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública.** Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia...*", que de ello se puede precisar entonces que ya sea la sentencia de primera o de segunda instancia, es un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los Órganos Judiciales su lectura en audiencia pública –sin perjuicio de reconocerse lo estipulado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Penal que establece: "...Cuando por la complejidad del asunto o la avanzada de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los

fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan..."-

4.2.2. Que, en efecto, ello garantiza el conocimiento de los argumentos y la decisión judicial en forma oral a los justiciables presentes y al público recurrente, en consonancia con el espíritu del nuevo modelo procesal penal que busca ir aboliendo las prácticas inquisitivas que redundan en una reserva de las actuaciones judiciales, en tal sentido, el Código Procesal Penal plantea a lo largo del procedimiento un sistema de audiencia que garantiza no solo la contradicción de las posiciones entre los sujetos procesales durante el proceso, sino que también garantiza la publicidad en las actuaciones judiciales, que permite un adecuado control de la ciudadanía sobre la actuación de los Jueces, siendo la lectura de la sentencia una exigencia no solo de orden formal, sino que es a su vez una exigencia normativa que tiende a someter al escrutinio general la decisión adoptada, en consecuencia, y en cumplimiento o lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal la sentencia de segunda instancia –al igual que la derivada del acto de juzgamiento en primera instancia- debe ser, primero, ineludiblemente **leída** –se entiende en audiencia pública, salvo las excepciones de la ley en que dicha diligencia se hará en forma reservada- y después de ello notificada a los sujetos procesales.

4.2.3. Que, cabe indicar que la disposición de publicar la decisión judicial en una página web resulta lógica y abona el conocimiento y difusión de las sentencias dictadas por este Poder del Estado, en tal sentido, debería ser una remisa general e inicial que tales publicaciones deban realizarse a través de los medios de difusión idóneos y legalmente autorizados y reconocidos para dicha finalidad, como resultan ser las páginas electrónicas de las diversas Cortes Superiores de Justicia; sin embargo, resulta ser un hecho evidente en nuestro país que en muchos casos no existe la logística necesaria ni la cultura de la publicidad que tienda a la difusión por tales medios informáticos de las sentencias dictadas, en consecuencia, si tomamos en cuenta que en la actualidad se está llevando a cabo en nuestro país el proceso de reforma en materia procesal penal de manera progresiva, no resulta equivocado ni irrazonable disponer la difusión de las decisiones judiciales, a través de otros mecanismos –como pueden ser otras direcciones electrónicas destinadas obviamente a la difusión de noticias y temas de interés de índole jurídico-, en tanto se vayan estableciendo las condiciones técnico-operativas y logísticas óptimas para alcanzar los fines publicísticos que enarbola el Código Procesal Penal." (Sic.)

266

§266. Valoración de la prueba personal en segunda instancia: Excepciones al principio de inmediación

Casación	636-2014-AREQUIPA
Fecha	03 de febrero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 422° - 425° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.4º

RESUMEN:

La prueba personal será valorada siempre que: primero, se haya admitido nueva prueba en segunda instancia, y, segundo, que ésta haya sido actuada en la audiencia de apelación. En ese sentido, se observa que el principio de inmediación desarrollado en la actuación de medios probatorios en audiencia de apelación permite el reexamen de una prueba personal, pese a que ésta haya sido actuada ante el juzgador de instancia.

FUNDAMENTOS:

2.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

2.4.1. La garantía constitucional de la doble instancia (inciso sexto del artículo 139° de la Constitución), que "tiene por objeto garantizar que todo justiciable tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional

sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" -[STC Exp. N° 1755- 2007-PA/TC, fundamento jurídico cuarto]-, precisa que su materialización se produce en el sistema de impugnación que posee cada jurisdicción, siendo que nuestro sistema procesal penal lo recoge en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

2.4.2. Al respecto, cabe precisar que el **recurso de apelación** es "(...) un recurso impugnatorio por el cual, quien se considere perjudicado por una resolución judicial o el Ministerio Público, puede acudir ante el órgano superior inmediato, a fin de que se vuelva a analizar lo actuado y se dicte otro fallo, lo cual supone una nueva valoración de las pruebas" -[CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y jurisprudencia constitucional. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 488-489]-, configurándose así como el **medio impugnatorio por excelencia en el sistema procesal penal peruano,** regulado en la sección IV del Libro Cuarto del Código Adjetivo, advirtiéndose que su normatividad delimita su grado de actuación en estricto cumplimiento de las formalidades exigidas. Así, se tiene que en el nuevo modelo procesal penal es viable el ofrecimiento de pruebas en segunda instancia (apelación), las cuales serán admitidas conforme a lo establecido en el segundo inciso del artículo 422° del citado Código, desarrollándose la respectiva audiencia, conforme a lo previsto en el artículo 424° del Código Procesal Penal.

2.4.3. En ese sentido, lo alegado en el recurso de apelación será materia de examen por el Juzgador de mérito, respetando el principio *tantum apellatum quanto devollutum* (inciso primero del artículo 409° del Código Adjetivo), consistente en la prohibición de que el Tribunal de mérito se pronuncie por aquello que no haya sido impugnado. No obstante, se advierte que el Juzgador de mérito está sujeto a lo establecido en el artículo 425° al momento de su deliberación y análisis de la prueba actuada en segunda instancia y de las pruebas pericial, documental, preconstituida, anticipada y personal.

2.4.4. De esta manera, en el segundo inciso del artículo en mención el legislador otorga facultades de valoración probatoria al juzgador de mérito, indicándose estas posibilidades: i) se valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, y ii) se valorará la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se advierte, entonces, que el principio de inmediación estará presente al momento de actuarse la nueva prueba en la audiencia de apelación, permitiéndose así un reexamen pleno del acervo probatorio existente. Asimismo, se produce una excepción al principio de inmediación en cuanto a la valoración de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, pues se permite

su reexamen por parte del juzgador de mérito, sin que éste haya presenciado en audiencia la formación de estos medios probatorios.

2.4.5. Al respecto, se tiene que la prueba personal si bien puede ser valorada en grado de apelación por el juzgador, no obstante, ésta no podrá tener diferente valor probatorio; así lo establece la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Procesal Penal: "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". Sin embargo, esta regla de valoración de la prueba personal puede ser modificada, exclusivamente en una situación: "[cuando] su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia" -extremo final de la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Adjetivo-, advirtiéndose que la prueba personal será valorada siempre que: primero, se haya admitido nueva prueba en segunda instancia, y, segundo, que ésta haya sido actuada en la audiencia de apelación. En ese sentido, se observa que el principio de inmediación desarrollado en la actuación de medios probatorios en audiencia de apelación permite el reexamen de una prueba personal, pese a que ésta haya sido actuada ante el juzgador de instancia.

2.4.6. Sin embargo, cabe precisar que en cuanto a la valoración de la prueba personal la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal ha precisado determinadas excepciones al principio de inmediación en su valoración por el Tribunal de mérito. Así, en la Casación N°05-2007-Huaura del once de octubre de dos mil siete, en su fundamento jurídico séptimo, refirió que **si bien el Tribunal de alzada no puede modificar la valoración del contenido de la prueba personal, en atención al principio de inmediación y de oralidad, sin embargo, precisó que existen "zonas abiertas" accesibles al control, en situaciones referidas al contenido de la prueba personal**. Siguiendo esa línea jurisprudencial, la Casación N°03-2007-Huaura del siete de noviembre de dos mil siete, en su fundamento jurídico undécimo, reiteró que **el contenido de la prueba personal puede ser merituada por el Juzgado de mérito, siempre que ésta haya sido entendida con manifiesto error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia**.

2.4.7. En la Casación N°54-2010-Huaura del tres de marzo de dos mil once, en su fundamento jurídico décimo primero, se define a la inmediación "como principio y presupuesto, [que] permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa (...) [precisando que] **si el Colegiado Superior no tiene ante sí al testigo (prueba personal) es**

imposible que le otorgue diferente valor probatorio sin la actuación de otros medios probatorios que la cuestionen". Asimismo, la Casación N°87-2012-Puno del dieciocho de junio de dos mil trece, en su fundamento jurídico sétimo, indicó que **el principio de inmediación "tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto con el Juzgador de una parte, los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final**"; además, en su fundamento jurídico noveno, precisa que "**el principio de inmediación se encuentra vinculado al principio de oralidad, la inmediación es una condición necesaria para la oralidad,** (...) es el acercamiento que tiene el juzgador con todo[s] los elementos que sean útiles para emitir sentencia. (...) **En consecuencia, la inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación de conciencia con el que será expedido el fallo".**

2.4.8. En la Casación N°195-2012-Moquegua del cinco de setiembre de dos mil trece, referida a la institución denominada "condena del absuelto", se desarrolló en su considerando décimo segundo el principio de inmediación en relación al juicio oral de primera y segunda instancia, precisando que "la nueva regulación [Nuevo Código Procesal Penal] importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque ésta requiere inmediación, de la que carece el órgano Ad quem" -véase punto "12.5.2" de la citada ejecutoria-, más aún si considera que el principio de inmediación, en relación al principio de oralidad, constituyen el mecanismo idóneo para la formación de la convicción del juzgador -véase punto "12.2.11" de la citada ejecutoria-. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Casación N° 385-2013-San Martín del cinco de mayo de dos mil quince, referida a la institución de la "condena del absuelto", en su fundamento jurídico "5.16", señala que si bien el juzgador Ad quem no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal, sin embargo, "si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia".

2.4.9. En consecuencia, en nuestra jurisprudencia se ha establecido que excepcionalmente la prueba personal sí es susceptible de valoración por el Tribunal de mérito, siempre que la valoración realizada por el Juzgador de instancia infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, además

de las garantías exigidas por el Acuerdo Plenario N°02-2005/CJ-116 -[ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación]-; precisándose que el Juzgador de mérito podrá valorar y/o controlar la prueba personal en aquellas zonas abiertas de su declaración, es decir, "los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia" -Casación N°03-2007-Huaura, fundamento jurídico undécimo-, además de otorgarle un diferente valor probatorio en la sentencia de vista, situaciones que en ningún modo infringe alguna garantía constitucional.

2.4.10. En ese sentido, al advertirse que el Juzgador de mérito accede a la prueba personal actuada en primera instancia a través de medios técnicos de grabación u otro mecanismo técnico que reproduzca las actuaciones probatorias del juicio oral, se tiene que el citado Juzgador reexamina la prueba personal, a efectos de detectar alguna infracción normativa en su valoración, mas no está permitido a otorgarle un diferente valor probatorio, salvo en las excepciones señaladas en el considerando anterior; precisándose que la variación del valor probatorio de la prueba personal en segunda instancia, por sí sola, no será suficiente para sustentar una sentencia de vista que perjudique la situación jurídica del procesado, más aún si existen medios probatorios de otra naturaleza (prueba documental, pericial, entre otras) que contradicen su valoración.

267

§267. Límites de la decisión del tribunal de apelación respecto del absuelto en primera instancia.

Casación	194-2014-ANCASH
Fecha	27 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 425° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4.3 al 4.13

RESUMEN:

El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, sólo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

LA CONDENA DEL PROCESADO POR PARDE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DESPUÉS DE HABER SIDO ABSUELTO POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA.

4.3. A la fecha en que es emitida esta sentencia casatoria, el tema de la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola lo condenal, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo

Tribunal en las sentencias recaídas en la Casación Nº 385-2013- San Martín y la Casación Nº 195-2012- Moquegua. Siendo sobre la base de las conclusiones ya alcanzadas se desarrollará la doctrina jurisprudencial en este caso.

4.4. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación Nº 385-2013- San Martín, del cinco de mayo del presente año (2015), ha sostenido que: "Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia [es condenado,] de su derecho a impugnar, pues el contenido del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos es claro al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado".

4.5. A esta solución se arribó en consonancia con la jurisprudencia y, esencialmente, con la normativa internacional que incide directamente sobre la condena del absuelto. En efecto, el pacto internacional de Derecho Civiles y Políticos –en adelante PIDCP- en el inciso quinto del artículo catorce reza: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a los prescrito por la ley"

4.6. En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normal y como principios. La norma estructurada como principio es un mandato de optimización (Optimierungsgebote), mientras que la norma estructurada como regla es un mandato definitivo (definitiva Gebote)2, capaz de ser aplicado por subsunción por cuanto "obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva".

4.7. Así las cosas, la norma internacional antes citada (lnc. 5 del Art. 14 del PIDCP es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal (culpabilidad en palabras del PIDCP), una sentencia condenatoria; se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

4.8. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo3 donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido

especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control.

4.9. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional4 en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitado a las causales expresamente recogidas en la norma procesal y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas por la ley6. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio.

4.10. En este orden de ideas, la apelación es "el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquel que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal"7. Si hemos descartado la posibilidad de considerar a la casación como el mecanismo impugnatorio idóneo para lograr garantizar la pluralidad de instancias del condenado en segunda instancia, pese a haber sido absuelto en primera instancia, el recurso de apelación se muestra como un medio impugnatorio idóneo para lograr dicha finalidad.

4.11. El problema es que un recurso de las características necesarias para satisfacer las exigencias del inciso quinto del artículo catorce del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia. Para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la casación Nº 385-2013- San Martín en sus fundamentos jurídicos: cinco punto veintiséis (5.26) en el cual se propone la habilitación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y en el cinco punto veintisiete (5.27) que se propone la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto.

4.12. A la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada. Consecuentemente, si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia8 por no haber - por no existir – un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto9, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (vicio in procedendo)10. Lo último

que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia.

4.13. En atención a todo lo expuesto y con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

268

§268. Imposibilidad de imponer una pena mayor a la impuesta en una sentencia anulada cuando dicha nulidad ha sido provocado por la defensa

Casación	822-2014- AMAZONAS
Fecha	18 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 426°, inciso 2 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2 al 21

RESUMEN:

Cuando el procesado impugna la sentencia solicitando su nulidad, no se ve amedrentado por la posibilidad de ver empeorada su situación jurídica con el resultado que del nuevo juicio emane. Esto viene a ser un supuesto de prohibición de reforma peyorativa –reformatio in peius– que tiene como referente la sentencia anulada.

Se prohíbe la aplicación de una pena superior a la que se impuso en la sentencia emitida en el juicio que fue anulado por razón de un recurso a favor del procesado

FUNDAMENTOS:

2. El artículo 429 en su inciso 2 –Nuevo Código Procesal Penal– regula como una de las causales para interponer la casación la **infracción de normas procesales sancionadas con nulidad.** Esto significa que la corte suprema, como máxima instancia de la justicia ordinaria, puede casar

aquella sentencia que injustificadamente no aplica una norma procesal en el caso concreto.

3. A esta norma subyace la idea de que el recurso de casación permite que este supremo tribunal verifique que los jueces apliquen las normas pertinentes en el proceso. Ello no es sino una expresión del derecho al debido proceso por cuanto toda persona tiene derecho a una resolución fundada en derecho.

4. Así las cosas, tenemos que en el presente caso hemos de verificar que no se aplicó la norma procesal penal contenida en el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal cuyo texto es el siguiente:

> Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

5. La citada norma procesal prohíbe la aplicación de una pena superior a la que se impuso en la sentencia emitida en el juicio que fue anulado por razón de un recurso a favor del procesado. Con ello, para aplicar esta norma es necesario: la existencia de una primera sentencia condenatoria, que la misma sea anulada por un recurso en favor del sentenciado, y que exista una segunda sentencia condenatoria donde se impone una pena superior a la establecida en la primera sentencia condenatoria.

6. Esta opción legislativa es un supuesto que evita empeorar la situación jurídica de quien logra la nulidad de la sentencia en uso de su derecho a la impugnación.

Normalmente, al haber sido declarada nula la sentencia del primer juicio, lo allí actuado o decidido no tendría por qué causar efecto alguno en la segunda sentencia. No obstante, el legislador es quien ha optado por establecer una excepción a esta regla con el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal.

7. El resultado es que cuando el procesado impugna la sentencia solicitando su nulidad, no se ve amedrentado por la posibilidad de ver empeorada su situación jurídica con el resultado que del nuevo juicio emane. Esto viene a ser un supuesto de prohibición de reforma peyorativa –reformatio in peius– que tiene como referente la sentencia anulada. Aquello que no puede empeorar la situación del procesado, es la sentencia condenatoria que se emita en el nuevo juicio en el extremo de la cantidad de pena a imponer.

8. En la medida que el artículo objeto de análisis habla de "un recurso a favor del imputado", se entiende que dicho recurso puede haber sido interpuesto tanto por la defensa como por el Ministerio Público –tal como lo recoge el lit. "a" del inc. 1 del art. 405 del Nuevo Código Procesal Penal[2]– en cumplimiento de su rol de defensor de la legalidad.

9. Una vez que se verifica que el nuevo juicio tuvo lugar por un recurso a favor del procesado, la pena impuesta en el primer juicio se vuelve un límite infranqueable conforme lo prescribe el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal. Lo que corresponde es preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de esta prohibición ¿limita las facultades del juez o regula la consecuencia jurídica del delito?

10. Si entendemos que el dispositivo legal mencionado limita las facultades del juez que componen los elementos de la jurisdicción, específicamente su iuditio –facultad de determinar el derecho–, entonces nos encontraremos ante un error en el proceder –error in procedendo– y corresponde la anulación del acto procesal viciado a menos que el mismo pueda ser subsanado por el tribunal revisor.

11. Si por el contrario entendemos que esta norma regula la consecuencia jurídica de la norma penal, entonces nos encontraremos ante un error en enjuiciamiento –error in iudicando, alude a errores en la operación intelectiva de aplicar el derecho al tema de fondo– y corresponderá la revocación mediante la aplicación correcta del derecho.

12. La determinación del tipo de error en que incurre el juzgador no es cosa fácil. En la medida que todo derecho exigido judicialmente se determina en el seno del proceso, se podría afirmar que todo error, incluso la incorrecta aplicación del derecho sustantivo, es un error in procedendo[4]. La diferencia cualitativa del error debe ser encontrada en que "los vicios in iudicando se cometen cuando el juez resuelve sobre el fondo del asunto, mientras que los in procedendo acontecen en cualquier otro caso en la aplicación de la norma no haya tenido por fin resolver el objeto del litigio".

13. La pena en tanto consecuencia jurídica del delito, es de naturaleza penal y por ende de derecho sustantivo en tanto versa sobre el fondo del litigio. En el proceso penal se ventila la responsabilidad penal del procesado, tanto respecto a los hechos que se prueban en el juicio, como en la subsunción típica –identidad entre el hecho y la ley penal en la cual encajaría el mismo–. Naturalmente, todo tipo penal contempla un supuesto de hecho

y una consecuencia jurídica que normalmente es una pena privativa de libertad.

14. Incluso su determinación está regulada en el Código Penal –arts. 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E– porque se entiende que la cantidad de pena encuentra correspondencia en el reproche que la sociedad hace al individuo por haber defraudado una expectativa normativa.

15. La norma contenida en el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal, no regula la determinación judicial de la pena, como sí lo hacen los dispositivos antes señalados del Código Penal. Lo que establece es un tope a la facultad del juez de determinar la pena a imponer en la sentencia que emana del nuevo juicio.

16. En la medida que la norma bajo análisis condiciona la facultad del juez de decir el derecho objetivo por una situación procesal, esto es la nulidad de una sentencia anterior que fijó una pena específica, la naturaleza del error que acontece ante la inobservancia del inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal es en el proceder –in procedendo–.

17. A esta conclusión abona el que su incidencia sea en el nuevo juicio, que tendrá como límite lo decidido en el juicio anterior que fue anulado; y el que la norma está contenida en el Nuevo Código Procesal Penal. Así las cosas, falta determinar si en el caso concreto resulta menester anular la sentencia impugnada o si se puede revocar su decisión evitando el reenvío de la causa.

18. La nulidad es la sanción más drástica que se desencadena por infracción a una norma procesal. Se entiende que es menester recurrir a esta consecuencia jurídica cuando no es posible que el tribunal revisor emita un pronunciamiento sobre el fondo sin vulnerar derechos de los justiciables. Ello, en tanto la finalidad del proceso es lograr el pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Para conseguir ese cometido, el juez debe estar en las mejores condiciones posibles para aplicar el derecho.

19. En este orden de ideas, se vulneran derechos de las partes cuando el juez revisor está en las mismas condiciones que el juez que resolvió la causa antes que él. En estas condiciones el juez a quem –juez que revisa la sentencia impugnada– puede emitir directamente pronunciamiento sobre el fondo sin necesidad de reenviar la causa mediante la anulación.

20. Así las cosas, la imposición de la pena supone la verificación de supuestos hechos que son parte de los hechos probados en el juicio, como lo son

el vínculo entre el procesado y la víctima, los antecedentes penales, nivel cultural, costumbres, etc. Esto implica que tanto el colegiado superior como este supremo tribunal, puede corregir errores en la cantidad de pena porque los hechos que se requieren para aplicar el derecho ya han sido acreditados en primera instancia.

21. En tanto, todo el fenómeno procesal está destinado a presentar al juzgador un caso en condiciones de ser analizado sobre el fondo, la nulidad solo se desencadenará cuando el vicio procesal no pueda ser corregido por el tribunal revisor. Cuando el vicio sea superable, se emitirá pronunciamiento sobre el fondo.

269

§269. Límites del Tribunal Revisor para anular resolución que no fueron objeto de impugnación

Casación	300-2014-LIMA
Fecha	13 de noviembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 150°,154° y 409° del NCPP.

RESUMEN:

El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar, de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues ese tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella.

El Tribunal Revisor que declare la nulidad de un acto procesal, puede declarar la nulidad procesal de los actos procesales que dependieran de él, pues estos últimos le deben su existencia al primero.

FUNDAMENTOS:

Octavo: Alcance interpretativo del Art. 409° del código procesal penal, específicamente del pronunciamiento sobre pretensiones no invocadas por el impugnante.

El art. 409 del Código Procesal penal dispone lo siguiente:

> **"Artículo 409 Competencia del Tribunal Revisor.**
>
> 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
> 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.
> 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio."

NOVENO: La mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor. La regla general ha sido establecida en el numeral 1, según ella el Tribunal Revisor solo podrá resolver la materia impugnada. Dicha regla se basa en el principio de congruencia. Este principio determina que exista una correlación directa entre el ámbito de resolución de segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes.

DÉCIMO: De esta forma, el objeto de la apelación determina el ámbito de actuación del Tribunal Revisor, el cual *-en principio-* debe limitarse solo a los extremos que han sido materia de impugnación.

DECIMO PRIMERO: La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es el derecho a la defensa, pues o es Tribunal Revisor podría modificar, sea aumentando o retirando parte de los actos procesales no impugnados, podría dejar en indefensión a una de las partes que no ha podido plantear sus argumentos antes de que el pronunciamiento sea emitido.

La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría tratarse de afectar resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resultaría sumamente lesivo para esta institución.

DÉCIMO SEGUNDO: La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el mismo artículo cuatrocientos nueve en la segunda parte de su numeral 1, es que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de

nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación. Ambos serán tratados en la siguiente sección.

Determinación de la capacidad nulificante de la instancia de mérito u su ámbito de extensión.

DÉCIMO TERCERO: El mismo artículo cuatrocientos nueve, la segunda parte de su numeral primero establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que *-incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante-* el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, sí se tratase de nulidades absolutas o sustanciales.

DÉCIMO CUARTO: La nulidad de un acto procesal implica que el mismos se encontraba viciado y por tanto debía dejar de existir en el ordenamiento jurídico. En atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que de origen a la nulidad. Si se tratara de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta. El Código Procesal Penal define qué es una nulidad absoluta en su artículo ciento cincuenta, en los siguientes términos:

> *"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:*
>
> *a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.*

El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labro del Magistrado. Entonces podemos señalar que una grave atención a los mismos será entendible como un vicio grave que acarreé la nulidad del acto procesal que la originó.

DÉCIMO QUINTO: El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar, de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues ese tipo de nulidad puede conllevar

a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, y también atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, él se encuentra facultado normativamente a intervenir en estos casos.

DÉCIMO SEXTO: La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es la competencia Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. Desde nuestra perspectiva, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor, más allá del objeto de impugnación, si es que se trata de una declaratoria de nulidad de oficio, y, existiesen actos procesales vinculados al acto procesal declarado nulo, los cuales- consecuentemente- también deben ser declarados nulos, por más de que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

DÉCIMO SÉTIMO: La competencia establecida en el párrafo anterior proviene del artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal, el cual señala que:

> *"Artículo 154 Efectos de la nulidad. -*
>
> 1. *La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados".*

Por tanto, queda absolutamente claro que el Tribunal Revisor que declare la nulidad de un acto procesal, puede declarar la nulidad procesal de los actos procesales que dependieran de él, pues estos últimos le deben su existencia al primero.

270

§270. Abstención de pronunciamiento de Fiscal superior en audiencia de apelación

Casación	475-2013-TACNA
Fecha	17 de junio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts. 61°, inciso 1 y 420°, inciso 5 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.2.6.1.3 al 2.2.7.2.1

RESUMEN:

El numeral 5 del artículo 420º del Código Procesal Penal, señala que la concurrencia de las partes a la audiencia de apelación de autos es optativa, es decir, no es obligatoria. En ese sentido, la abstención de emitir pronunciamiento del Fiscal Superior, quien acude a la audiencia de apelación de auto, por un recurso interpuesto por otra parte procesal, no afecta el derecho a la debida motivación, de resoluciones judiciales.

FUNDAMENTOS:

2.3. CUESTIONAMIENTO REFERIDO A LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 64º, NUMERAL 1, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

2.3.1. Desde el punto de vista jurídico, la interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los

demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explica el sentido de una disposición. En el mismo sentido, interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para el ámbito jurídico.

2.3.2. La teoría de la interpretación jurídica es la parte de la Teoría General. 1 del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Por lo tanto, la interpretación es la técnica que conduce a la compresión del sentido de la norma jurídica y determina el sentido exacto de la norma.

2.3.3. El formalismo interpretativo parte de la idea de que toda norma tiene siempre un único significado correcto, o dicho de otra manera, de que la interpretación conforme a ley no puede ser más que una, la cual, el peor de los casos, solo espera ser descubierta por el intérprete. El Juez que conoce necesariamente el derecho, debe limitarse a declararlo en el caso concreto, no a crearlo. Será por ello la actividad jurisdiccional una actividad meramente declarativa a través de la que se exterioriza y hace pública por el Juez la única interpretación correcta, o mejor válida de la norma, la cual, por lo demás, no surge *ex novo* con la sentencia pues se entiende que la norma existe con anterioridad en el propio texto legal y que simplemente ha sido deducida judicialmente según los cánones de la lógica formal.

2.3.4 A ello, se debe agregar que cuando una resolución incurre en error ya sea en la interpretación de la ley sustantiva o en la ley procesal, se trata de un supuesto en que la resolución, objeto de impugnación, es contrario a derecho. Desde esta perspectiva el error es el concepto de equivocación o la falsa representación de una cosa.

2.3.5. En el caso sub judice el recurrente sostiene que se interpretó erróneamente el artículo 64º, numeral l, del Código Procesal Penal, el señala que "El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específicas, de manera q e basten así mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o requerimientos anteriores".

A continuación, dicha norma será interpretada sistemáticamente:

2.2.6.1 EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN.

2.2.6.1.1 El Ministerio Público es una entidad autónoma encargada, entre otras cuestiones, de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. Asimismo, representa a la sociedad en los procesos judiciales (artículos 158º y 159º de la Constitución Política del Estado), siendo por lo tanto

el titular de la acción penal. Se coloca así a esta entidad en una situación cuya toma de decisiones puede afectar de una u otras formas situaciones jurídicas de relevancia, lo que supone que la institución guarde un mínimo de motivación en sus resoluciones. Este criterio se enmarca dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad.

2.2.6.1.2 Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que "En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigadora que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional[189]"

2.2.6.1.3. En ese sentido, si bien se exige a los representantes del Ministerio Público una motivación adecuada y coherente de sus pronunciamientos; sin embargo, dicha norma no es aplicable al caso concreto, pues su actuación procesal no se circunscribe a una petición formulada por el Fiscal Superior, al no ser parte recurrente en sede de apelación, sino a una ratificación del pedido de requerimiento de sobreseimiento que solicitó el Fiscal Provincial a causa de su abstención de pronunciamiento; toda vez que, si bien los representantes del Ministerio Público se rigen por el principio de independencia, al adecuarse sus actos a criterios objetivos, rigiéndose únicamente a la Constitución y a la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucción que emita la Fiscalía de la Nación[190]; sino también se rigen bajo otros principios rectores, siendo uno de estos el unidad de actuación, que procura que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes, y de jerarquía, el cual deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores. Tales principios tratan de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece

---

189 Fundamento Jurídico 5 del Expediente N.° 02521-2005-PHC/TC

190 Numeral 1, del artículo 61° del Código Procesal Penal.

el artículo 159° de la Constitución Política del Estado a fin de establecer una coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles en atención a la política de persecución criminal.

2.2.7.2. La obligatoriedad de concurrencia en apelación de autos por el Ministerio Público.

2.2.7.2.1. A ello, abona que el numeral 5 del artículo 420° del Código Procesal Penal, señala que la concurrencia de las partes a la audiencia de apelación de autos es optativa, es decir, no es obligatoria. En ese sentido, la abstención de emitir pronunciamiento del Fiscal Superior, quien acude a la audiencia de apelación de auto, por un recurso interpuesto por otra parte procesal, no afecta el derecho a la debida motivación, de resoluciones judiciales, más aun si la Directiva N°005-2012- MP-FN, referida a los casos que se tramiten con las normas del nuevo código procesal penal, establece que "respecto a la interposición de los recursos de apelación por otros sujetos procesales, el Fiscal Superior no está obligado a pronunciarse por escrito ni a concurrir a la audiencia de apelación.

271

§271. Casación fundada: infracción a las reglas de valoración de prueba documental

Casación	330-2016-HUAURA
Fecha	18 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pacheco Huancas.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Figueroa Navarro, Quintanilla Chacón, Castañeda Espinoza, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 425 inc. 2 del NCPP.

RESUMEN:

En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones no ha señalado que reglas de la valoración utilizó para arribar a su decisión. Esta decisión afectó la garantía constitucional del debido proceso al no haber sido contrastada con elementos probatorios adicionales que justifiquen su decisión. Por ende, se ha inobservado el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS:

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

DECIMOQUINTO. Este Tribunal Supremo, como garante y protector del control de las garantías constitucionales, le corresponde verificar el motivo de casación. En este caso, se debe establecer si existió infracción a la garantía constitucional de carácter procesal del debido proceso, conforme a la causal del numeral uno, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

Se alega inobservancia del numeral dos, del artículo cuatrocientos veinticinco, del referido cuerpo legal; esto es, si la Sala de Apelaciones otorgó diferente valor probatorio al examen siquiátrico practicado al procesado (cuya conclusión fue que no se puede precisar si el absceso escrotal que presentaba el procesado, generaría disfunción eréctil). Asimismo, si este razonamiento coincide con los medios probatorios y no existe otros elementos de cargo en contra del imputado.

DECIMOSEXTO. A efectos de verificar si se ha vulnerado o no el derecho al debido proceso, este Supremo Tribunal solo examinará las piezas procesales para contrastar o verificar las conclusiones arribadas en dicha decisión, y si corresponden al juicio racional y objetivo o por el contrario si se incurrió en la infracción alegada por el casacionista.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO TERCERO. En este caso, en la audiencia de apelación ante la

Sala de Apelaciones, no se actuó prueba distinta a la declaración del sentenciado –acta de audiencia de apelación de sentencia de página ciento treinta y ocho–; es decir, en ese contexto el Tribunal de alzada, solo podía efectuar un control de la estructura racional del contenido de la prueba; situación que no se observa en el presente caso.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. La documental valorada por la Sala de Apelaciones es la Evaluación Siquiátrica número 022189-2015-PS1, suscrita por los médicos siquiatras Melva Pino Echegaray y Sami José Acuña Buleje –página setenta y ocho del expediente judicial–, que concluyó: "No podemos precisar si con la enfermedad que presentó Ricardo Antonio Ortega Suarez (absceso escrotal y fístula escrotal) podía presentar disfunción eréctil".

CUADRAGÉSIMO QUINTO. La Sala de Apelaciones, en el fundamento veintidós de la sentencia impugnada, señaló: "[...] en la evaluación siquiátrica número 022189-2015-PSQ, que fue materia de oralización en el juicio oral de primera instancia, los médicos legistas han concluido: no podemos precisar si con la enfermedad que presentó Ricardo Antonio Ortega Suárez (absceso escrotal y fistula escrotal) podía presentar disfunción eréctil [...]. Es decir no existe prueba de cargo que establezca fehacientemente que debido a las enfermedades que el acusado registra –lo cual si se encuentra probado, en mérito a la historia clínica e informes médicos oralizados en el juicio oral de primera instancia, este presenta

disfunción eréctil, ante ello el Tribunal de primera instancia, sin negar dicha posibilidad condena al acusado porque existiría probabilidad –no acreditada- que no tenga problemas de erección. Ante lo cual, se debe tener presente que no es posible condenar en mérito a probabilidades, el Colegiado debió condenar por tener certeza que el acusado pese a las enfermedad que padece no presenta disfunción eréctil, lo cual no se encuentra acreditado".

CUADRAGÉSIMO SEXTO. En el fundamento veintitrés, señaló: "[...] el artículo diecisiete, establece que no es punible la tentativa, cuando es imposible la consumación de un delito por la ineficacia absoluta del medio empleado, es lo que la doctrina conoce como delito imposible, siendo que en el presente caso, no ha sido posible determinar si nos encontramos ante la ineficacia absoluta o relativa del medio empleado, es decir si el acusado debido a las enfermedades que padece presenta disfunción eréctil que le imposibilita cometer el delito de violación sexual, por lo que ante este supuesto de incertidumbre e insuficiencia probatoria sobre el particular, lo que corresponde es absolver al acusado de los cargos imputados por el fiscal por cuanto es factible en el caso en concreto, nos encontremos ante una tentativa inidónea que conforme a la norma citada no es punible".

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO. No obstante, respecto a la valoración de esta documental, el Juzgado Penal Colegiado, en el fundamento nueve punto diecinueve, señaló: "En ese sentido, consideramos que de los medios de prueba aportados por la defensa, como son la declaración de la esposa del acusado, la historia clínica del Hospital San Juan Bautista de Huaral y dos informes médicos estaría acreditado las enfermedades del acusado, pero de ninguna manera se acredita que el grado de disfunción eréctil sea absoluta, lo cierto es que las leyes de la experiencia nos conllevan a establecer que un paciente con los diagnósticos señalados es posible que tenga problemas de erección pero no de manera absoluta, por tanto no se configuraría la imposibilidad absoluta del medio empelado, sino que se trataría de una imposibilidad relativa. En estos casos será recomendable tipificar la conducta en el artículo dieciséis".

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. En esa línea, es claro que en este caso, no estamos ante una prueba personal sino documental, que es la Evaluación Psiquiátrica número 022189-2015-PS1, suscrita por los médicos psiquiatras Melva Pino Echegaray y Sami José Acuña Buleje, y conforme al artículo cuatrocientos veinticinco, numeral dos, del Código Procesal Penal, la Sala de Apelaciones puede valorarla, siempre y cuando respete las reglas de la sana crítica, prescritas en el numeral uno, del artículo ciento cincuenta y ocho, del Código Procesal Penal,

que prescribe: "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".

CUADRAGÉSIMO NOVENO. En el presente caso, la Sala de Apelaciones no ha señalado qué reglas de valoración utilizó para arribar a su decisión. Así, la Evaluación Siquiátrica número 022189-2015-PSQ, de página setenta y ocho del expediente judicial, fue elaborada a solicitud del Ministerio Público, conforme se advierte del apartado II. Motivo de la evaluación: Relato: "Oficio N.° 2261-2017-FPPCH-MP. Se sirva emitir pronunciamiento con respecto a si de acuerdo a los diagnósticos de enfermedades que el imputado tendría según su historia clínica. Este podría presentar impotencia sexual al veintitrés de agosto de dos mil catorce (fecha en que habrían ocurrido los hechos o si dicha enfermedad no eran causantes de impotencia sexual". Es decir, pese a que no tiene como fuente el informe médico físico o similar, o que haya sido contrastado con los elementos probatorios que sustentaron la condena, concluyó en una tentativa inidónea por imposibilidad del medio empleado (al no haberse descartado que el procesado presente disfunción eréctil).

QUINCUAGÉSIMO. Es claro, que la sentencia recurrida inobservó el numeral dos, del artículo cuatrocientos veinticinco, del Código Procesal Penal, respecto a la valoración de la prueba documental, al infringir las reglas de la valoración de la prueba contenidas en el artículo ciento cincuenta y ocho del referido código, por lo que corresponde realizar una nueva audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente, conforme a lo prescrito por el numeral uno, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal. En ese sentido, el motivo de casación debe ampararse y así se declara.

15. RECURSO DE CASACIÓN

272

§272. La casación de oficio

Casación	389-2014-SAN MARTÍN
Fecha	07 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 11 del art. 139 de la CP del P y art. 429 del NCPP.

RESUMEN:

La casación de oficio es una especie de casación excepcional que procede a discreción del Tribunal Supremo, al advertirse una posible concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal -cuando por criterios de fondo y/o forma se declaró inadmisible el recurso de casación inicial presentado por alguna de las partes del proceso-. Por tanto, conforme a la naturaleza y fines de la casación de oficio, la Corte Suprema pese a la inconcurrencia de las partes siempre emitirá un pronunciamiento de fondo en el caso concreto teniéndose como único límite la garantía constitucional de no reformatio in peius.

FUNDAMENTOS:

Quinto: El recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual señala: "(...) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso." (Resaltado nuestro); sin embargo, no se encuentra regulado en forma taxativa, ni

se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué fundamentos se puede invocar.

SEXTO: La casación de oficio debe ser entendida como una segunda casación excepcional, toda vez que uno de sus fundamentos radica en el inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal; en la experiencia jurisdiccional se ha observado que los recursos de casación excepcionales presentados por alguna de las partes de un proceso penal (Ministerio Público, Imputado, Actor Civil, Tercero civil), se declaran inadmisibles por cuestiones estrictamente formales; es decir, por no cumplir con disposiciones del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal –fundamentar respecto al punto que pretende se desarrolle como doctrina jurisprudencial-.

SÉTIMO: Pero qué pasa, si en efecto, la casación excepcional interpuesta –aunque defectuosa formalmente- deja ver un tema de interés casacional para la Corte Suprema, por cumplir alguno de los fundamentos ya citados en la Queja NCPP N°66-2009-La Libertad u otro debidamente justificado; o cuando interponen recurso de casación ordinaria, mas no invocan o justifican correctamente conforme a la norma procesal penal –por ejemplo el inciso 1 del artículo 430 del Código Procesal Penal- declarándose inadmisible; pero la Corte Suprema puede advertir que sí existe la configuración de alguna de las causales del artículo 429 del citado Código. En ambos supuestos el recurso debe ser admitido para que el caso en concreto sea evaluado.

OCTAVO: Es decir, el recurso de casación de oficio se presenta como una excepción a la formalidad exigida en la norma procesal, yendo más allá, actuando en pro de los fines últimos de la casación – Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelogíco–. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Rivera [2] señalando que: "(...) la casación oficiosa opera como excepción, en primer lugar, frente al principio de limitación y, en segundo frente al carácter rogado del recurso (...)" asimismo la Corte Suprema –colombiana tiene una inexorable obligación de "asumir el conocimiento de la casación por vía oficiosa permitiendo la consecución de los fines señalados para el recurso".

NOVENO: Así, la casación de oficio para que sea admitida para desarrollo de doctrina jurisprudencial –inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal- o por casación ordinaria –inciso 1, 2, y 3 del artículo 427 del citado Código-, siempre encontrará su fundamento de admisión en la concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal, que denotan alguna afectación grave a garantías, o derechos constitucionales de carácter procesal

o material; por tanto, encuentra sus raíces en el principio general del derecho procesal, iure novit curia -El Juez conoce el derecho-.

DÉCIMO: Una de las características principales del recurso de casación de oficio es su discrecionalidad. Es decir, procede a exclusiva discrecionalidad del Tribunal Supremo –y en cualquier momento del proceso-. Lo que no está regulado taxativamente en la norma procesal penal, pero ha sido interpretado por esta Corte Suprema en otras oportunidades, por ejemplo, la Casación N°148-2010/Moquegua. La discrecionalidad, la casación de oficio debe estar bien fundamentada; la calificación de oficio de determinado caso debe sostenerse en la posibilidad de una grave afectación de derechos o garantías constitucionales que se pueden haber afectado durante el proceso, que terminarían viciando la resolución arribada –se debe amparar en alguna de las causales del artículo 429 del citado código-. La justificación, para ser correcta como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia no debe ser extensa, pues basta con ser precisa y coherente.

DÉCIMO PRIMERO: Ahora desarrollaremos cómo se procede con este tipo de recurso después de su admisión:

1.- Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

2.- Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación. (...)"

DÉCIMO SEGUNDO: Lo resaltado precedentemente resulta de interés para establecer las particularidades del recurso de casación de oficio. Como se advierte, pese a una calificación positiva, el recurso de casación puede devenir en inadmisible ante la inconcurrencia de la parte recurrente a la audiencia de casación. Analizado fuera del marco de la casación de oficio dicha normativa guarda sentido, pues se advierte que, si el sujeto recurrente –supuesto agraviado desacata una notificación de asistir a la audiencia de casación sin mayor justificación, constituye una aceptación tácita de la sentencia u resolución inicialmente recurrida.

DÉCIMO TERCERO: La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca más allá del caso en concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico –de estricto derecho- con dos fines principales: 1) Enriquecer la jurisprudencia y 2) Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

DÉCIMO CUARTO: La regulación que brinda el Código Procesal Penal referente a la desestimación del recurso de casación por inconcurrencia de la parte interesada en el proceso, no concuerda y colisiona con los fines de la casación de oficio.

DÉCIMO QUINTO: La audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que consideren, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que, si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisible la calificación de su recurso. Es del mismo criterio la Corte Suprema Colombiana la cual, en su sentencia del 31 de agosto de 2005 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés donde señalo: "(...)el derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir el recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar la irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales, so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental. Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisible frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo constitutiva una vía de hecho (...)". Es de notar que, en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario.

DÉCIMO SEXTO: Por tanto, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento de fondo haciendo un juicio de estricto derecho en el caso concreto, que sirvan para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguos o que no han sido tratados, en relación al caso. Mediante la casación de oficio el Tribunal Supremo puede pronunciarse en el fondo del caso concreto pese a la inconcurrencia de las partes, encontrando como límite de su pronunciamiento la garantía constitucional de la prohibición de la reforma en perjuicio. Por tanto, si se trata del imputado solo se puede arribar a una absolución o a una nulidad de la sentencia recurrida, nunca a una sentencia condenatoria, y si es el actor civil a fijar, mantener o mejorar la reparación civil establecida.

273

§273. Criterios para la admisión de una casación por desarrollo de la doctrina jurisprudencial

Casación	08-2014/CALLAO
Fecha	15 de julio del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Artículo 427, 4 del Código Procesal Penal.

RESUMEN:

La procedencia del recurso de casación, circunscrito a la causal prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro del Código Procesal Penal, por desarrollo de la doctrina jurisprudencial solo debe ampararse en casos, en los cuales subsistan interpretaciones divergentes en la aplicación de una determinada norma de derecho material o procesal, lo cual requiere un precedente jurisprudencial por el alto Tribunal de Justicia para encausar el norte interpretativo, es decir, la necesidad de imponer una jurisprudencia unificando las resoluciones jurisdiccionales, respondiendo a una búsqueda incesante de seguridad jurídica.

FUNDAMENTOS:

SÉPTIMO: Que conforme se ha establecido, por Resolución Suprema de fecha diecinueve de septiembre de dos mil catorce, de fojas ochenta y uno, del presente cuadernillo, los motivos de casación admitidos se circunscriben a: merituar qué hechos constituyen indicios para demostrar la responsabilidad del procesado en el delito de concusión y si el video o audio que se obtuvo sin

el consentimiento del encausado, constituye prueba prohibida, y si estos al ser valorados conjuntamente son capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.

OCTAVO: Que, sobre el particular es menester reiterar los fundamentos del recurso de casación formalizado a fojas ciento veinticinco del denominado Cuaderno de Impugnación de Sentencia, en donde alega la concurrencia de la causal uno, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, pues a su entender no se valoró debidamente la declaración de Pierina Rosario Ortíz La Torre, tampoco se tuvo en cuenta el informe pericial de físico-audio número tres mil quinientos sesenta y uno/once; igualmente sin sustento alguno se rechazó su prueba de descargo consistente en la declaración del perito que elaboró el citado informe; añade, que el acta de visualización de video fue materializada sin las garantías de Ley; finalmente concluyó sosteniendo, que no se ha probado que las llamadas telefónicas a la agraviada fueron hechas por el casacionista.

En cuanto a la causal comprendida en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, no se ha tenido en cuenta que el casacionista no tenía ninguna injerencia en la investigación generada por la intervención policial contra Nefi Manuel Peña Boyer; además, que el Ministerio Público no ha determinado con precisión la conducta en la que se encontraría incurso el recurrente, vulnerándose el principio de imputación necesaria.

Finalmente, el casacionista también alegó la concurrencia de la casación excepcional comprendida en el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, sosteniendo que era necesario merituar si es válido sentenciar amparándose solo en sindicaciones, sin prueba periférica que demuestre la veracidad de la incriminación, siendo indispensable la existencia de indicios suficientes para considerar como elemento para demostrar la responsabilidad penal de una persona; además, que un video y audio grabado sin la autorización correspondiente, constituye prueba prohibida.

NOVENO: Que, conforme es de apreciarse de los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la resolución que declaró bien concedido la casación, fue tajante en sostener que la casación ordinaria no superaba el requisito exigido por el literal b), inciso dos, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Pena, esto es, 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 de seis años, teniendo en cuenta por cierto, que el delito de concusión objeto de acusación, es sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

No obstante ello, sí se le concedió la casación extraordinaria, es decir, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sobre todo, en cuanto a merituarse qué hechos constituyen indicios para demostrar la responsabilidad del procesado en el delito de concusión y si el video o audio que se obtuvo sin el consentimiento del encausado, constituye prueba prohibida, y si estos al ser valorados conjuntamente son capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.- No está por demás señalar, que en la mencionada Resolución Suprema, se concluyó, desde ya erróneamente, que esto era necesario para determinar si la valoración hecha por el Tribunal de Instancia a los medios probatorios que sirvieron para absolver, fueron capaces de demostrar en segunda instancia la responsabilidad penal del ahora casacionista.

DÉCIMO: Que, si bien es cierto inicialmente se declaró bien concedido el presente recurso de casación por la causal prevista en el numeral cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, esto fue en el entendido que reunía los requisitos exigidos por el inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, en rigor, por que cumplió estrictamente en consignar adicional y puntualmente las razones que justificaban el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretendía.

Además, al declararse bien concedido el recurso de casación por el simple hecho de cumplir con la formalidad exigida por la Ley Procesal Penal, vulneró un criterio asumido por este Supremo Tribunal, dirigido a amparar solo aquellos recursos que son viables y que en todo caso, llegarían a buen término para lograr la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas expedidas por tribunales inferiores o la definición de un sentido interpretativo de una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas, lo que no se observaría en el caso de autos y que hace necesario, que con la inmediatez que el caso amerita, se subsane esta grave omisión, declarándose infundada la presente casación extraordinaria.

DÉCIMO PRIMERO: Que, se sostiene lo acordado, en tanto que, la aplicación de los criterios de valoración de la prueba indiciaria, ante la inexistencia de prueba directa, no está sujeta a la naturaleza del delito atribuido o que es objeto de acusación como lo sostiene el casacionista, pretendiendo criterios de valoración de la prueba indiciaria en los delitos de concusión. La prueba indiciaria descansa en una metodología de valoración a partir de hechos probados no constitutivos del delito de acusación –como lo pretende el casacionista-, pero a partir de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse hechos delictivos y la participación del acusado.

La prueba prohibida y la prueba indiciaria han sido abundantemente desarrolladas por la doctrina procesal nacional y extranjera. Aunado a ello, en el caso de la prueba prohibida mediante el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil diez/ CJ-ciento dieciséis, se desarrolló el tema de la audiencia de tutela como mecanismos para proteger los derechos fundamentales del imputado, así como criterios para la exclusión de la prueba prohibida. Por otro lado, en el caso de la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario número uno-dos mil seis/ ESV-veintidós- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, de fecha trece de octubre de dos mil seis, acordó constituir en precedente vinculante la Ejecutoria Suprema número mil novecientos doce-dos mil cinco-Piura, de fecha seis de septiembre de dos mil cinco, que precisamente, versó sobre los requisitos legitimadores de la prueba indiciaria para enervar el principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, no es necesario el desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre este aspecto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, es de incidir, que si bien se concedió erróneamente el presente recurso de casación, circunscrito a la causal prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro del Código Procesal Penal, esto es, el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; sin embargo, este solo debe tratarse de casos, en los cuales subsistan interpretaciones divergentes en la aplicación de una determinada norma de derecho material o procesal, lo cual requiere un precedente jurisprudencial por el alto Tribunal de Justicia para encausar el norte interpretativo, es decir, la necesidad de imponer una jurisprudencia unificando las resoluciones jurisdiccionales, respondiendo a una búsqueda incesante de seguridad jurídica, lo que no sucede en el caso de autos.

DÉCIMO TERCERO: Que cabe abundar, que también se ha incurrido en error, subsanable por cierto, cuando se mencionó como motivo para el examen casatorio, determinar si la segunda instancia realizó una valoración distinta de los mismos medios probatorios que fueron objeto de examen por la primera instancia y que pese a ello, concluyeron en pronunciamientos distintos.

En la audiencia de juicio de apelación, la parte apelante, esto es el representante del Ministerio Público, ofreció como pruebas las declaraciones de Pierina Rosario Ortíz La Torre y Karla Mariel Burga Cisneros Pisetsky, quienes concurrieron a la audiencia de apelación, conforme consta del audio correspondiente, así como de los fundamentos de la propia sentencia de apelación, de fojas noventa y tres, del denominado Cuaderno de Impugnación de Sentencia.

Por todas estas razones la sentencia de casación deviene en infundada.

DÉCIMO CUARTO: Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme al apartado dos, del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

274

§274. La Reparación Civil en el Recurso de Casación

Casación	657-2014-CUSCO
Fecha	03 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 92, 93,101° del CP y art. 427 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	10° al 21°

RESUMEN:

Mediante el recurso de casación no se podrá cuestionar la reparación civil en el extremo del bien ya restituido -salvo se trate de dinero en efectivo-, dejando a salvo la posibilidad que dicho cuestionamiento se lleve a cabo en la vía correspondiente.

FUNDAMENTOS:

SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

DÉCIMO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil –véase Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto–; más aún si "nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la

acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho" –véase Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico décimo–; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

DÉCIMO PRIMERO: De esta manera, al emitirse una sentencia penal el Juzgador está obligado a pronunciarse sobre la responsabilidad penal del agente y su respectiva responsabilidad civil, las cuales fundamentan la imposición de una pena y la fijación de una reparación civil, respectivamente. No obstante, resulta necesario precisar que la responsabilidad penal y civil posee una naturaleza jurídica diferente, pese a tener un presupuesto común que ocasiona la vulneración de un bien jurídico, el mismo que normativamente infringe una norma penal y fácticamente ocasiona un daño a la víctima y/o perjudicado. De esta manera, resulta prudente señalar que no toda responsabilidad penal genera una responsabilidad civil y viceversa, por lo que, es necesario que en el caso concreto se analice las responsabilidades –penales y civiles– que concurren en el acto ilícito del agente justiciable. Al respecto, corresponde precisar que la responsabilidad civil es "como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado" –Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 42-.

DÉCIMO SEGUNDO: En ese sentido, la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil en nuestra normativa penal se denomina "reparación civil", que está instaurada en el artículo 92° del Código Penal al establecer que "La reparación civil se determina conjuntamente con la pena". La reparación civil, entonces, se constituye como una de las consecuencias jurídicas del delito, que se impone –conjuntamente con la pena– a la persona responsable de la comisión de un delito, con la finalidad de resarcir el daño ocasionado a la víctima, en razón de restituirle al status anterior al desarrollo del suceso delictivo, conforme lo establece el artículo 93° del Código Penal. En ese sentido, este Supremo Tribunal entiende a la "restitución" como aquella "forma de restauración de la situación jurídica alterada por el delito o devolución del bien, dependiendo del caso, al legítimo poseedor o propietario" –GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. La reparación civil en el proceso penal. Lima: Pacífico Editores, 2011, p. 94–, siempre que se hayan vulnerado derechos patrimoniales; asimismo, se entiende

por "indemnización de daños y perjuicios" a la forma de reestabilización de los derechos menoscabados por el delito, siempre que "se ha vulnerado derechos no patrimoniales del perjudicado o, incluso, habiéndose realizado la sustracción del bien" –GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. La reparación civil en el proceso penal. Lima: Pacífico Editores, 2011, p. 100-.

DÉCIMO TERCERO: Asimismo, el artículo 101° del Código Penal establece que "La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil"; por lo que, se deberá analizar los artículos correspondientes a la responsabilidad civil, en el marco de la normativa civil, toda vez que "existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil" –véase Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, fundamento jurídico 7–.

DÉCIMO CUARTO: En ese sentido, como presupuesto para la fijación de la reparación civil, corresponde analizar la existencia o no de responsabilidad civil para lo cual deberá recurrir al desarrollo de los elementos de esta institución, que son los siguientes:

a) El hecho ilícito se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye, a su vez, delito. Esta manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de deberes que tienen su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, y 2) violaciones de deberes de carácter general;

b) El daño ocasionado entendido como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extrapatrimonial. El Código Civil en sus artículos 1984° y 1985°, desarrolla los criterios que permiten establecer la existencia de daño; por lo que, para la cuantificación de los daños patrimoniales se establece criterios como el "lucro cesante" [aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 43– y "daño emergente" [entendido como el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica

Grijley, 2008, p. 40–, mientras que para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales el criterio es el "daño moral" [aquel perjuicio moral que afecta el mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 75–, el "daño a la persona" [aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 50–. Cabe mencionar que el "proyecto de vida" es aquel "daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia" –Manzanares Campos, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 64–. En consecuencia, se entiende que el daño es "todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal" –TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2013, p. 39–;

c) La relación de causalidad es entendida como la relación de causa-efecto (antecedente – consecuencia) que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado –TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2013, p. 39–; y,

d) Los factores de atribución, que consisten en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil.

LA REPARACIÓN CIVIL Y EL RECURSO DE CASACIÓN

DÉCIMO QUINTO: En ese sentido al ser la reparación civil una institución regulada por el proceso penal, cuyo sistema de atribución de responsabilidad es netamente de carácter civil, ésta encuentra protección y regulación en todos los

niveles de un proceso judicial, inclusive en la impugnación extraordinaria: recurso de casación. Así, se tiene que el inciso tercero del artículo 427° del Código Procesal Penal señala: "(...) 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. (...)".

DÉCIMO SEXTO: De la lectura del citado artículo se desprende que el cuestionamiento de la reparación civil vía casación penal, también encuentra limitaciones de orden cualitativas y cuantitativas. Por ello, se precisa que la reparación civil podrá ser cuestionada en el extremo monetario que se imponga, o de la afectación de un bien de imposible devolución, por ejemplo: la vida; dejando de lado la parte referida al bien que se ordene restituir. Asimismo, el monto que imponga el Juez Penal, ya sea por valor equivalente del bien o por concepto de daños y perjuicios, debe superar las 50 U.R.P.

DÉCIMO SÉTIMO: En ese sentido, la reparación civil comprende: 1.- el bien o su valor económico, y 2.- el pago de daños y perjuicios. Centrándonos en lo primero, al demostrarse el daño de un bien éste deberá ser restituido por su responsable en las mismas condiciones previas a su afectación, o en todo caso deberá pagar el valor monetario del mismo; en concreto, la devolución del bien o su pago. No obstante, corresponde precisar que si el bien es restituido fácticamente o a través de su valor económico, también existe la posibilidad del pago de un monto dinerario por concepto de daños y perjuicios.

DÉCIMO OCTAVO: La reparación civil, como se precisó, por una cuestión de economía procesal-judicial busca resolver dentro del proceso penal, y si así lo decide la parte pertinente, el cuestionamiento de carácter civil, es decir, verificar la existencia de un daño y determinar su responsable. Ello se hace con el único fi n de celeridad, más cabe la posibilidad que se opte por una resolución en la Orden Jurisdiccional Civil, siendo ésta excluyente de la vía penal y viceversa. Así, se puede afirmar que en un proceso penal se puede impugnar dos aspectos: 1.- la existencia de responsabilidad civil, o 2.- el monto dinerario que se impone por concepto responsabilidad civil.

DÉCIMO NOVENO: Al impugnarse el carácter civil de una sentencia penal condenatoria, lo usual es cuestionar -recurrir- el monto que se impone como concepto de reparación civil por considerarlo ínfimo o exorbitante. No se busca cuestionar la calidad del bien que se ordena restituir –pues éste existe previo e independientemente del proceso penal-. En ese sentido, conforme a los fundamentos jurídicos precedentes, al recurrir vía casación penal la reparación

civil, podemos afirmar que el legislador peruano ha sido claro en precisar que resulta viable analizar la impugnación extraordinaria interpuesta siempre que verifique previamente que se trata de un monto superior a la 50 U.R.P. o un bien no valorable económicamente, por tanto no regula el cuestionamiento de un bien ya restituido.

VIGÉSIMO: En ese sentido, si la responsabilidad civil está demostrada, prima facie se ordenará, de ser posible la devolución del bien, sino su valor monetario. Si el bien es restituido no se podrá discutir la calidad de este bien en un proceso penal, y solo podrá cuestionarse el monto que se imponga por daños y perjuicios, dejando a salvo la posibilidad de que la parte civil cuestione, en lo pertinente, la calidad del bien en un proceso judicial diferente –jurisdicción civil–, buscando así satisfacer sus intereses legales.

VIGÉSIMO PRIMERO: Analizar la calidad y características del bien que se ordena restituir como parte de la reparación civil dentro de un proceso penal implica un mayor bagaje probatorio, que no es competencia del Juez Penal; es decir, emitir un pronunciamiento jurisdiccional referido al bien –en sí mismo discutido– resultaría ir más allá de un proceso de determinación de responsabilidad civil, pues ello sería entrar en un proceso distinto al de la determinación de su responsabilidad. Resultando ello imposible, dado que la importación de la institución de la responsabilidad civil al proceso penal surge por estricta necesidad y en base a un principio de celeridad con la finalidad de evitar la peregrinación de jurisdicciones; característica que no se cumplen para la importación de alguna otra institución –por ejemplo, derechos reales–.

275

§275. El principio de congruencia y el interés casacional

Casación	215-2011-AREQUIPA
Fecha	12 de junio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 409, inciso 1, y 429° del NCPP.

RESUMEN:

Al interponerse un recurso impugnatorio éste debe ser atendido en función a los agravios invocados por quien lo interponga.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, respecto al inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal -inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal- concretamente la afectación de la garantía del principio acusatorio e inobservancia del principio *ne bis in idem*, debe precisarse lo siguiente: **I) En cuanto al principio acusatorio: 4.1.** Este principio forma parte de las garantías básicas del proceso penal e implica la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas, constituye además una garantía fundamental de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, propia de un Estado democrático de Derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión, por el cual se presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. Es por ello que, la figura del fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación'. **4.2.**

Que, la norma constitucional establece la garantía constitucional de la autonomía del Ministerio Público, teniendo como finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano, a efectos que pueda cumplir eficazmente con las funciones encomendadas y previstas en su Ley Orgánica; teniendo como principal misión promover el ejercicio de la función jurisdiccional con arreglo al principio de legalidad, en defensa de los intereses públicos tutelados por el derecho; y la potestad discrecional para determinar si se dispone de pruebas suficientes para formalizar denuncia penal o disponer la realización de una Investigación a efectos de reunir tales pruebas; conforme así lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado. **4.3.** Así, como bien lo sostiene el Tribunal Constitucional las atribuciones del Ministerio Público no podrán ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. *"La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad".* **4.4.** Bajo este contexto, en el caso de autos se aprecia que la Sala Superior al sostener en la recurrida *"... El Juzgado de Investigación Preparatoria, se ha constreñido a fijar el debate de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad), sin verificar gire los hechos imputados constituyen otro delito..." "No se ha advertido del debate, como si lo ha hecho el Tribunal, que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 o 372 del Código Penal, en consecuencia, aún mantienen contenido penal..." "...Sin embargo, debe tenerse presente que la fundabilidad de la excepción debe sostenerse en que los hechos NO CONSTITUYAN DELITO, no solo en materia de imputación, sino, que los hechos no se subsuman en ningún otro tipo penal..." "...En lo que nos ocupa, el Juzgado solo se ha limitado a establecer el análisis de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad) sin establecer si los hechos imputados constituyen otro delito..."*; está excediendo sus facultades pues al alegar que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 ó 372 del Código Penal, está calificando los hechos a otros tipos penales y esa facultad acusadora es exclusiva del Ministerio Público por mandato constitucional desarrollado en su Ley Orgánica — Decreto Legislativo número cincuenta y dos -, observándose vulneración constitucional al principio acusatorio, pues si la Sala Superior en todo caso está facultada para desvincularse de la acusación fiscal, ello debe ser dentro de los parámetros que

enmarca la ley y mediante resolución debidamente sustentada; verificándose que efectivamente existió vulneración del principio acusatorio al haber emitido pronunciamiento la Sala Superior sobre la calificación de los hechos investigados que no fue invocado por ninguno de los apelantes. **4.5.** Asimismo, el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis de la Corte Suprema de la República, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, en su noveno fundamento señala lo siguiente: *"... 9. Como se sabe, el objeto del proceso penal -o, con más precisión, el hecho punible - es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio -eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción -referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal -o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado -que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate-Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador; mientras que el acusado y las demás partes - civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sl pueden ampliare! objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate...".*

QUINTO: II) En cuanto al *"ne bis In idem"*: 5.1. Se le define como el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces y constituye un contenido implícito del derecho del debido proceso, cuya finalidad es evitar una desproporcionada reacción punitiva del Estado en contra de una persona, pues si los operadores de justicia están en la obligación de sancionar todos los actos antijurídicos, típicos y culpables, ello no debe realizarse de una manera excesiva, por cuanto constituirla un abuso del derecho y del poder. **5.2.** La cosa juzgada en la normatividad peruana constituye un instituto procesal reconocido en el inciso trece del articulo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; por tanto, resulta ser una garantía constitucional de la administración de Justicia, según la cual el objeto de un proceso que ha concluido con una resolución firme no puede ser nuevamente juzgado en el mismo proceso o mediante uno nuevo. Sin embargo, en doctrina se reconoce al principio del *ne bis in idem*, el mismo que posee mayor amplitud que el de la cosa juzgada, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente — esto es cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por

parte del órgano jurisdiccional -; sino que también se encuentra referido a j la prohibición de una persecución paralela, es decir que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes. **5.3.** Este principio constitucional exhibe una doble dimensión o contenido. Un contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. De otro lado, el contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Así lo expresa el Tribunal Constitucional: *"En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituirla un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento".* **5.4.** Que, siendo necesario para su aplicación se de una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento, ya que de no existir esta triple identidad, no procedería esta garantía; se aprecia en el caso de autos, que la misma no se presenta, por cuanto el recurrente no ha demostrado que se le haya procesado por estos mismos hechos, ni tampoco constituye *ne bis in dem* el hecho de que la Sala Superior considere que los hechos materia de investigación puedan encontrar amparo en los tipos penales de los articulo trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal, ya que de ser así el proceso se enmarcaría dentro de otros tipos penales; por lo que sobre este extremo, el recurso de casación interpuesto no puede ser amparado.

SEXTO: Que, con respecto a la **doctrina jurisprudencial** solicitada, debe indicarse, que se encuentra amparada el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal. **6.1.** El principio de congruencia o conocido también como de correlación, importa un deber exclusivo del juez, por el cual debe expresar los fundamentos de una respuesta coherente en su resolución que dicta, basado en las pretensiones y defensas traducidas en agravios formulados por los justiciables en su recurso impugnativo, y que de esa manera se pueda justificar la decisión arribada en razones diversas a las alegadas por las partes. Este principio tiene una cierta vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al principio acusatorio y al contradictorio. **6.2.** El Tribunal Constitucional afirma que el principio de congruencia forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de motivaciones de las decisiones judiciales', y este principio

garantiza que el juzgador debe resolver cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes. **6.3.** Que, el agravio o gravamen es el perjuicio real e irreparable que presenta una parte afectada por una decisión jurisdiccional, y por lo tanto, limitan y racionalizan la potestad represiva del Estado en el proceso. Esta viene a ser el núcleo central de un recurso impugnativo. **6.4.** Cuando se produce discordancia entre el pronunciamiento judicial con el contenido de los agravios efectuados por las partes en forma oportuna, se produce el vacío de incongruencia. Esto puede ocurrir por exceso (ultra petita), por defecto (citra o infra patita) o por exceso o defecto (extra patita). En la primera, se conceda más de lo pedido, en la segunda, omitiendo injustificadamente pronunciarse sobre alguna de las cuestiones decisivas del debido, y el tercero, cuando se sale del tema litigioso para de esa manera, otorgar o denegar lo que nadie le ha pedido, y al propio tiempo no responder a lo que se le ha pedido. **6.5.** Que, en el caso de autos la Sala de Mérito incurrió en un pronunciamiento extra patita, por cuanto fue mas allá de lo deducido por la parte recurrente, vulnerando de esa manera el principio de congruencia recursal a que estaba obligado a cumplir. **6.6.** Que, siendo así, en el caso de autos el tema planteado por el recurrente reviste interés casacional a criterio de este Supremo Tribunal, toda vez que al interponerse un recurso impugnatorio éste debe ser atendido en función a los agravios invocados por quien lo interponga, precisándose que en el caso de autos la Sala Superior excedió su función revisora al entrever en los fundamentos de la recurrida que los hechos investigados podrían configurarse dentro de los alcances de lo contenido en los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal; siendo ello el fundamento principal para revocar la resolución que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, no habiéndose enmarcado la resolución materia de casación en los hechos que constituyen la presente investigación y la calificación jurídica invocada por el Ministerio Público, circunstancia que afecta el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, más si se tiene en cuenta que ninguno de los apelantes -parte agraviada ni Ministerio Público fundamentaron como agravio una posible nueva calificación del hecho denunciado los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal. **6.7.** Que, a mayor abundamiento, es de precisar que el numeral uno del artículo cuatrocientos nueve del Código procesal Penal señala que la impugnación confiere del Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

276

§276. Inadmisibilidad del Recurso de casación

Casación	11-2018-LIMA
Fecha	7 de septiembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chavéz Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 427 a 429 del NCPP.

RESUMEN:

La configuración de un error vencible requiere el análisis de las condiciones personales del agente y las circunstancias concomitantes al hecho, para determinar si existió o no falsa representación de la realidad.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que conforme con el estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos treinta, del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo.

SEGUNDO. Cabe recordar que la casación, como todo medio de impugnación, está sometida al cumplimiento de presupuestos procesales objetivos, subjetivos y formales, cuya insatisfacción determina su rechazo liminar; no obstante, el presente recurso fue interpuesto en el modo, lugar y tiempo legalmente previsto, por lo que es pertinente analizar su coherencia o correspondencia interna para efectos de su admisibilidad.

TERCERO. El apartado c del inciso uno del artículo cuatrocientos cinco del Código Procesal Penal señala que para la admisión del recurso se requiere que se precisen las partes o los puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y que se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y derecho que lo apoyen; asimismo, señala que el recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

CUARTO. Del mismo modo, el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta del acotado código establece que para la interposición y admisión del recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada; y, asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

QUINTO. Así tenemos que el presente recurso cumple con lo establecido en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal, respecto de la exigencia del quantum punitivo mínimo, pues la pena para el delito de enriquecimiento ilícito en su modalidad agravada, prevista en el primer y segundo párrafo del artículo cuatrocientos uno del Código Penal, supera los seis años en su extremo mínimo, al igual que la pena para el delito de lavado de activos, prevista en los Decretos Legislativos número novecientos ochenta y seis y número mil ciento seis.

Por otro lado, respecto al recurso de casación presentado por la defensa técnica de las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A. y Los Emprendedores de San Juan S. A. C., se tiene que cumple con lo dispuesto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, pues la resolución contra la que se interpone el recurso en cuestión dispone la ejecución provisional del decomiso dictado en una sentencia condenatoria y el valor de dicho decomiso supera las cincuenta unidades de referencia procesal.

SEXTO. La defensa de las empresas sustenta su recurso, obrante a fojas cuarenta y nueve, en las causales previstas en los incisos tres y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referidas a la errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, y al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, para lo cual sostiene que:

6.1. La Sala incurre en una errónea interpretación de la Ley Penal, artículo cuatrocientos doce, numeral uno, del Código Procesal Penal, por cuanto considera que como regla general se puede ejecutar provisionalmente la medida

de decomiso impuesta en la sentencia condenatoria, aun cuando sobre ella se encuentre pendiente de resolver un recurso de casación.

6.2. La Sala de Apelaciones se ha apartado del fundamento noveno de la Casación número quinientos cuarenta-dos mil quince-Puno, la cual señala que el decomiso es una afectación definitiva al derecho de propiedad.

6.3. El decomiso contra tercero no interviniente viola el derecho de defensa, por cuanto sin ser parte del proceso y sin agotarse precedentemente la incautación, que les hubiera podido dar la oportunidad de impugnar la resolución del juez de Investigación Preparatoria o pedir su reexamen, pretenden despojarlos de sus bienes que tienen protección constitucional.

SÉPTIMO. Por su parte, la defensa técnica del sentenciado Carlos José Burgos Horna sustenta su recurso, obrante a folios noventa, en la causal contenida en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; específicamente al haberse dado una errónea interpretación de la Ley Procesal contenida en el inciso uno del artículo cuatrocientos dos y el inciso uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, sobre la "ejecución provisional de la sentencia condenatoria impugnada" vinculada a la institución del decomiso y su ejecución. Así, señala que la Sala solo se ha referido de manera parcial al texto de la norma adjetiva contenida en el numeral uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, al afirmar erróneamente que el Código Procesal Penal ha asumido como regla específica que la sentencia condenatoria se ejecuta provisionalmente, es decir, que la impugnación no tiene efecto suspensivo, omitiendo precisar que dicho articulado de la Ley adjetiva precisa que lo que se ejecuta provisionalmente es solo el extremo penal de la sentencia condenatoria y no el pago de la reparación civil, ni las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia, como es el caso del decomiso, el cual además requiere una sentencia firme.

OCTAVO. De la revisión de autos se aprecia que la resolución recurrida, emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, no ha incurrido en una errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, pues del inciso uno del artículo cuatrocientos dos y el inciso uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, se puede concluir claramente que nuestra legislación procesal en materia de recursos ha adoptado el sistema no suspensivo, lo cual conlleva a que se dé la ejecución provisional aun cuando se interponga recurso, salvo que por mandado de la ley, y en forma

excepcional, se ordene la suspensión de sus efectos[191]. No se encuentra, por tanto, alguna excepción para la ejecución del decomiso cuando se interponga un recurso. Por otro lado, es de agregar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, devolutivo y no suspensivo, como sí ocurre excepcionalmente en el recurso de apelación. De esta manera, el decomiso, al ser una consecuencia accesoria de la pena, también se rige por las reglas que ya se han señalado en materia de recursos, en específico a la de ejecución provisional de la sentencia condenatoria; por ello no resulta de recibo que dicha ejecución del decomiso se tenga que condicionar hasta que se resuelva el recurso de casación. En consecuencia, este Supremo Tribunal considera que debe declarar inadmisible el recurso de casación, en tanto no ha existido en el auto de vista recurrido una errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Respecto a que el auto recurrido se ha apartado de la doctrina jurisprudencial, específicamente del fundamento noveno de la Casación número quinientos cuarenta-dos mil quince-Puno, esta casación se refiere a que el decomiso es una de las figuras que bajo distintos supuestos restringen temporal o permanentemente el derecho de propiedad; pero no se indica de manera puntual que el decomiso restrinja de plano permanentemente el derecho de propiedad. Así, debido a que la casación –que invoca el recurrente como doctrina jurisprudencial de la cual se habría apartado el auto recurrido– se referirse de manera muy genérica a la cuestión que se ha resuelto en dicho auto, no se puede considerar que la Sala Superior se haya apartado de la doctrina jurisprudencial; más aún cuando de la revisión de dicha casación se advierte que no se decidió que lo resuelto en esta constituya doctrina jurisprudencial vinculante, en virtud del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; por lo que este Supremo Tribunal considera que respecto a este extremo también deberá declararse inadmisible el recurso de casación.

---

191 Las excepciones a esta regla se encuentran en el inciso uno –cuando la pena sea de multa o limitativa de derechos– e inciso dos –cuando el juez penal decide no ejecutar la condena de pena privativa de libertad efectiva, hasta que se resuelva la impugnación planteada, si el condenado se halla en libertad–, del artículo cuatrocientos dos del Código Procesal Penal; así como en el inciso uno –cuando se interpone recurso de apelación contra sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia– e inciso dos –cuando a criterio del órgano de revisión decide suspender la ejecución de la sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva– del artículo cuatrocientos dieciocho del Código Procesal Penal.

Por último, es de agregar que respecto a que el decomiso contra el tercero no interviniente viola el derecho de defensa, se tiene que esto no guarda relación con ninguna de las causales que han invocado los recurrentes.

NOVENO. Que el inciso dos del artículo cuatrocientos cuatro del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme con el inciso dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal, y no existen motivos para su exoneración, en atención a que los recurrentes plantearon el presente recurso sobre la base de argumentos manifiestamente inconducentes y, por ende, incumpliendo los requisitos exigidos por la disposición del recurso de casación.

277

§277. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial

Recurso de nulidad	2728-2016-LIMA SUR
Fecha	22 de enero de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 429 num. 5 del NCPP.

RESUMEN:

Al advertirse que en la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince Santa, se aplican criterios distintos a los expresados en la presente Ejecutoria Suprema, respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de una menor de edad cuando al momento del hecho la víctima estaba próxima a cumplir catorce años de edad y el agente es sujeto de responsabilidad restringida; corresponde recomendar la realización de un pleno de los jueces penales de la Corte Suprema de Justicia de la República a efectos de unificar criterios y establecer directrices al respecto.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO. CRITERIOS DE APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En el numeral uno, del tercer párrafo, del artículo ciento cuarenta y seis de la Constitución Política del Estado, reconoce la independencia de los jueces, para lo cual establece que los mismos solo se encuentran sometidos a la Ley y a

la Constitución. Si bien a partir de dicho mandato constitucional, prima facie (a primera vista) parecería que a los magistrados judiciales no se les puede "obligar" a seguir criterios de otros jueces, por más que se trate de pautas de interpretación emanadas de jueces especializados o que detenten una mayor jerarquía; también es cierto que el "sometimiento" judicial, previsto constitucionalmente, lo es también a las leyes, algunas de las cuales habilitan a determinados magistrados, por su alta jerarquía y especialidad, a establecer sus criterios como jurisprudencia de obligatoria y necesaria observancia para otros magistrados.

8.1. Así, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional, en el artículo VII de su Título Preliminar, estatuye que el Tribunal Constitucional puede establecer sus sentencias con calidad de cosa juzgada, como precedentes vinculantes, correspondiendo para ello la precisión del respectivo efecto normativo; precedentes que, una vez establecidos como tales, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y, claro está, frente a los particulares[192]. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales, en su artículo trescientos uno-A, faculta a la Sala Penal de la Corte Suprema a establecer sus sentencias como precedentes vinculantes, para lo cual debe precisar el extremo de su efecto normativo; y, asimismo, al Pleno de los jueces en lo Penal de la Corte Suprema a dictar sentencias plenarias, las mismas que, evidentemente, también tendrán efecto vinculante al ser adoptadas por mayoría absoluta, ante la identificación de criterios discrepantes entre los propios magistrados supremos.

8.2. De modo semejante, el Código Procesal Penal, en el numeral tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres, faculta a la Sala Penal Suprema que conoce el fondo de su recurso de casación, a decidir: "[...] atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiera otra Sala Penal o esta se integra con otras vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta". En el cuarto inciso del mismo artículo se precisa que: "Si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes

192 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente número tres mil setecientos cuarenta y uno-dos mil cuatro-AA/TC, del catorce de noviembre de dos mil cinco, fundamento jurídico cuarenta y nueve.

sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio [...], obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema".

8.3. En líneas generales, la casación por apartamiento de doctrina jurisprudencial o, simplemente, la casación jurisprudencial está en función de las decisiones vinculantes, así declaradas por las altas Cortes de Justicia, excluyéndose de su ámbito de comprensión las decisiones que, a pesar de emanar de tales Cortes, solo fijan una determinada línea jurisprudencial193. En la jurisdicción ordinaria penal los precedentes vinculantes, así expresados en ejecutorias supremas según el Código de Procedimientos Penales, las doctrinas jurisprudenciales establecidas como vinculantes en sentencias casatorias de conformidad con el Código Procesal Penal, o los principios jurisprudenciales fijados en los acuerdos plenarios, constituyen, todas, decisiones de jueces supremos penales de observancia necesaria y obligatoria por órganos jurisdiccionales de otras instancias.

8.4. La casación jurisprudencial (cfr. artículo cuatrocientos veintinueve, numeral cinco, del Código Procesal Penal de dos mil cuatro) resulta atendible hasta en tres supuestos, cuando los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la Corte Suprema:

8.4.1. Se apartan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo, del artículo veintidós, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven, justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones (apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial).

8.4.2. Soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelvan, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna al mismo en la resolución que expiden (apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial).

8.4.3. Aparentemente, cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia que resulta ser de aplicación al caso que resuelven; no obstante, no lo hacen rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute, significativamente, en la solución del caso que deciden (apartamiento material de doctrina jurisprudencial).

---

193 Cfr. Auto Supremo de calificación del recurso de casación número setecientos veinticuatro-dos mil quince-Piura, del quince de abril de dos mil dieciséis, fundamento jurídico cuarto.

NOVENO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SUPUESTOS APLICADOS EN LA SENTENCIA CASATORIA NÚMERO TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO-DOS MIL QUINCE

En ese contexto, si bien la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince considera necesaria una reducción amplia de la pena privativa de libertad a imponerse cuando se cumplen los siguientes presupuestos: a) Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años. c) La afectación psicológica mínima de la víctima. d) Diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo. Sin embargo, esta Sala Suprema discrepa con los criterios de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la referida sentencia casatoria; por cuanto:

9.1. La aludida sentencia señala como primer presupuesto la ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. Para ello tuvieron como base que el sujeto pasivo, próximo a cumplir catorce años de edad, brinde su "consentimiento" para tener relaciones sexuales; es decir, que no haya sido amenazado o violentado para que el bien jurídico protegido no sea menoscabado. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, lo protegido por la norma no es su (inexistente) libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Lo que se sanciona es la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia o consentimiento de la víctima, pues lo protegido son las condiciones es el desarrollo y las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

9.2. Si bien lo último señalado (la protección de las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad del agente pasivo) está vinculado a otro presupuesto también precisado por la aludida sentencia casatoria: la afectación psicológica mínima de la víctima. Sin embargo, a criterio de este Tribunal Supremo, el que la pericia psicológica no concluya una afectación de este tipo en la víctima menor de catorce años no es, de por sí, relevante para reducir la sanción penal al sujeto activo. Se pueden suscitar diversas circunstancias para que quien resulte agraviado no presente una afectación de tal magnitud después de haber mantenido una relación sexual; entre ellas, que ambos sujetos hayan mantenido una relación sentimental, amical, o de cercanía y confianza, de tal forma que el acceso carnal no afecte emocionalmente a la víctima; pero, ante estas circunstancias, surge la interrogante de qué sucede con la función preventiva del derecho. Está claro, al respecto, que la norma penal protege la indemnidad sexual de los menores de catorce años, quienes, por su propio desarrollo físico y psicológico, no han llegado

a la madurez total como para comprender las consecuencias ni la responsabilidad que conlleva la práctica del acto sexual, es decir, el raciocinio sobre el instinto. No podemos ser ajenos a cómo se desarrolla la sociedad en la actualidad, refiriéndonos expresamente a los embarazos no deseados en adolescentes (muy aparte el caso en que debería ser evaluado el derecho consuetudinario o el error de tipo; si así corresponde). La deserción escolar es una de las tantas consecuencias del embarazo a temprana edad; el abandono de menores, los abortos clandestinos, las carencias económicas y sociales para la crianza de la prole; entre otras lamentables secuelas por la falta de responsabilidad de quienes procrearon siendo adolescentes.

9.3. No queremos hacer alusión a una moral sexual, pues ese no es el fin de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; lo que queremos dejar por entendido es que la protección de la indemnidad sexual está íntimamente ligada al desarrollo psíquico y físico del sujeto pasivo (en el caso que nos ocupa, cuando la víctima es menor de catorce años de edad). Tampoco hacemos referencia a que todas las prácticas sexuales a temprana edad deriven –entre otras– en las circunstancias ya citadas en el párrafo anterior; solo mencionamos las consecuencia más comunes que se presentan en nuestra sociedad por tales actos. No por gusto el legislador tipificó como delito el acceso carnal con una menor de catorce años de edad, y que, para ello, su consentimiento no era válido jurídicamente. Conforme lo precisa el fundamento jurídico número dieciséis del Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis:

[...] lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima; lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

9.4. Entre dichas condiciones psíquicas para el ejercicio sexual en libertad encontramos la madurez y la representación de las consecuencias de dichas prácticas por parte del sujeto pasivo, las cuales, por su propia edad, no ha desarrollado en plenitud.

9.5. Por principio de legalidad, tener acceso carnal con una menor de catorce años de edad (así esta esté próxima a cumplir dicho límite de edad) es delito. Si se deben evaluar los hechos junto a contextos que ameriten eximir o atenuar la responsabilidad penal, así deberá procederse; pero dar a entender que solo porque la víctima tiene casi catorce años de edad, se presenta una circunstancia que le otorga cierta validez jurídica a su "consentimiento", no es un criterio compartido por este Tribunal Supremo.

9.6. En la aludida sentencia casatoria se evaluó la inaplicación del segundo párrafo, del artículo veintidós, del Código Penal, para aplicar el primer párrafo del citado artículo, respecto a la responsabilidad restringida. A criterio de esta Sala Suprema, el segundo párrafo del mencionado artículo veintidós resulta discriminatorio, por tanto, la responsabilidad restringida por la edad del agente activo es correcta. Sin embargo, dicha responsabilidad restringida también es evaluada para señalar que existe una proximidad entre la edad del agente con el de la víctima y, además, para invocar el artículo veintinueve del Código Penal. Si el artículo veintidós del Código Penal establece que el juez puede reducir prudencialmente la pena señalada por el hecho punible cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad; resultaba de por sí inoficioso señalar que la sanción penal estipulada en el inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal era incompatible con la Constitución Política del Estado. Para esta Sala Suprema, lo único que estuvo permitido era reducir la pena privativa de libertad conforme con el primer párrafo, del artículo veintidós, del Código Penal, pues solo el control difuso que se efectuó para el segundo párrafo de este artículo, a nuestro criterio, resultó acertado. En ese sentido, tampoco era de recibo generar un nuevo espacio punitivo de acuerdo al artículo veintinueve del Código Penal. Lo único que correspondía era rebajar la sanción penal por responsabilidad restringida por la edad del agente.

9.7. En tal sentido, al advertirse que en la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince-Santa, se aplican criterios distintos a los expresados en la presente Ejecutoria Suprema, respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de una menor de edad cuando al momento del hecho la víctima estaba próxima a cumplir catorce años de edad y el agente es sujeto de responsabilidad restringida; no compartiendo los criterios expuestos en la casación señalada, y no puede ser una regla general para aplicar la reducción de la pena para todos los casos en esta clase de delitos, para rebajar hasta límites inferiores del mínimo legal, sin tener en cuenta la protección legal establecida para los menores de catorce años de edad; por lo que corresponde recomendar la realización de un pleno de los jueces penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de unificar criterios y establecer directrices al respecto.

16. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

278

§278. Competencias y límites del Tribunal Revisor

Casación	430-2015 – LIMA
Fecha	28 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
	Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. VI del TP y 60° y 61° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	18° al 2.2°

RESUMEN:

Es posible que el Tribual Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planeada en Primera Instancia como expresión genuina de la iuduciom, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad.

Por ello, si con posterioridad a la audiencia de apelación el Tribunal Superior advierte que a los hechos propuestos le corresponde una distinta calificación jurídica y estima que corresponde afianzar la garantía del derecho de defensa y principio de contradicción, puede declarar la nulidad de todo o en parte de la sentencia recurrida y disponer se remitan los autos al juez que corresponda con el propósito que se lleva a cabo un nuevo juzgamiento respecto al nuevo título de imputación.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO OCTAVO: El nuevo proceso penal delimita claramente las funciones del Ministerio Público y del juez dentro de un proceso penal, así compete al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal, conduce la investigación del delito, actúa en el proceso con independencia del criterio, intervine en todo el desarrollo del mismo y está legitimado para interponer recursos conforme al artículo VI del título Preliminar y artículos sesenta y sesenta y uno del Código Procesal Penal.

A su lado, el juez como tercero imparcial esta premunido de su obligación de aplicar la norma jurídica que corresponde al caso concreto, lo que entraña el conocimiento del ordenamiento jurídico.

DÉCIMO NOVENO: En el marco del proceso penal rige la máxima "El juez conoce el derecho" por lo que el objeto viene determinado por el hecho histórico, de modo que el juzgador tiene el imperio sobre el juicio jurídico de los hechos; lo que no significa que pueda mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene obligatoria.

En cualquier resolución judicial y sin contravenir el principio de legalidad, el juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto. Para Montero Aroca la aplicación de este principio manifiesta que el juzgador conoce el derecho y no se encuentra vinculado a las obligaciones jurídicas que le hagan las partes, pudiendo estimar como correcto una de las opiniones formuladas por las partes, pero también estimando que las dos no son aplicables al caso enjuiciado, por lo que puede formular su propia calificación jurídica, esto es, una tercera opinión, de la que debe ejercer contradicción.

De ahí que el Ministerio Público postula y fija los hechos que considera delictivos, delimitando así el ámbito en que descartará el proceso (principio acusatorio), sin que ello merme la facultad jurisdiccional (*iudicium*) que detenta el juez para aplicar la norma jurídica que corresponde al caso en concreto, preservando al realizar tal ejercicio, la intangibilidad del *factum* y advirtiendo que se haya garantizado el derecho de defensa, ello como regla de juicio.

VIGÉSIMO: En efecto, nuestro ordenamiento jurídico lo precisa así, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, sobre el principio *iura novit curia*, señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada. Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, estableciendo que

el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente.

En la casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte suprema de Justicia de la República, número 1944-2009-Piura, de uno de octubre de dos mil diez, se ratifica ello, y señala que la aplicación del principio tiene como límites los principios de contradicción y congruencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: En esta línea normativa y respecto a la impugnación, el artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal, establece la competencia del Tribunal Revisor, en los siguientes casos: "(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".

Surge aquí la interrogante si el Tribunal Revisor puede variar la calificación jurídica realizada respecto de los hechos en primera instancia y no calificada por las partes.

En primer lugar rige en plenitud el aforismo *iura novit curia* en la medida en que se respete el principio de congruencia entre imputación y resolución y las exigencias derivadas del derecho de defensa, solo así a decir de Alfonso Zambrano "la aplicación del principio resulta legitima".

En el Acuerdo Plenario Nº 4-2007/CJ-116 se perfilan supuestos de desvinculación procesal bajo los alcances del artículo doscientos ochenta y cinco A del Código de Procedimientos Penales (que tiene su correlación en el apartado dos, del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Penal) en el que se precisa que el Tribunal está sometido al principio de legalidad "por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aun en contra de la perdida erróneamente por la acusación, en estos supuestos, siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o falta sorpresivo, precisamente por la comunidad de los hechos que entraña". Señalamos también en el referido Acuerdo Plenario: "Que tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifestado error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa, de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos, el tipo legal objetivo de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogénea: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien

jurídico protegido (esta regla expresa una importa limitación al principio *iura novit curia*), en tanto expresan conducta estructuralmente semejante".

VIGÉSIMO SEGUNDO: En este contexto, la subsunción típica del hecho, como expresión natural del poder de la jurisdicción corresponde igualmente al Tribunal Revisor, pues no puede abdicar de los poderes que le otorga la *iudiciom*, son actuar dentro de las previsiones legales establecidas en tanto no cause indefensión a las partes, de modo tal que si el órgano de instancia, con o sin actuación probatoria, en esta determina una indebida calefacciones, es posible que oriente su reconducción, en estricto del principio de legalidad.

El limite a tal facultad, está vinculada al principio de congruencia, referido ello al respeto al hecho fáctico postulado por el fiscal en su acusación erradicando así la indefensión y respetando que la calificación jurídica sea homogénea a la propuesta en su acusación.

De ahí que es posible que el Tribual Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planeada en Primera Instancia como expresión genuina de la *iuduciom*, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad.

Por ello, si con posterioridad a la audiencia de apelación el Tribunal Superior advierte que a los hechos propuestos le corresponde una distinta calificación jurídica y estima que corresponde afianzar la garantía del derecho de defensa y principio de contradicción, puede declarar la nulidad de todo o en parte de la sentencia recurrida y disponer se remitan los autos al juez que corresponda con el propósito que se lleva a cabo un nuevo juzgamiento respecto al nuevo título de imputación.

Lo expuesto se correlaciona con el artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal, que estima la competencia del Tribunal para declarar la nulidad en caso de nulidad absoluta o sustanciales no advertidas por el impugnante.

279

§279. El Proceso de Revisión y la Imparcialidad

Sentencia Plenaria N°	1-2015/301-A.2-ACPP
Fecha	05 de mayo de 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Salas Arenas y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 439° NCPP.

RESUMEN:

No es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia producto del juicio oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada.

FUNDAMENTOS:

DECIMONOVENO. Como bien se precisó, la acción de revisión implica el análisis de una condena que adquirió la calidad de cosa juzgada, y a pesar de ser un proceso autónomo e independiente, su indesligable antecedente lógico es el proceso declarativo del que se derivó la sentencia que se cuestiona, respecto al cual en la mayoría de los casos debe completar su análisis con la prueba de cargo que anteriormente valoró.

VIGÉSIMO. En tal sentido, no es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia producto del juicio

oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. En estos supuestos, sin duda, las referencias a la parcialidad del juez se pueden considerar objetivamente justificadas.

VIGÉSIMO PRIMERO. Como ya se puntualizó, la imparcialidad de los magistrados judiciales es una garantía que debe asentarse en la confianza de los ciudadanos en el valor justicia. La garantía de imparcialidad objetiva establece, tal como se anotó, una incompatibilidad de funciones del juez que participa en la instancia anterior o en otra sede o proceso conexo para conocer el objeto de la revisión de sentencia. En consecuencia, la existencia del temor fundado en aquella falta de imparcialidad del juez que intervino anteriormente, justifica el apartamiento del magistrado a fin de no perjudicar sus intereses de redención de justicia a través de la acción de revisión.

VIGÉSIMO SEGUNDO. En ese contexto, los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad para el accionante y ante la colectividad en cuyo nombre ejerce función, y si bien el juez no necesariamente debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar; sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo no tengan sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no parcial, lo que en este caso no se cumple, por tener el magistrado una posición formada y concretamente expresada en relación al caso.

Decisión Plenaria

I. DECLARARON que el juez supremo que participó en el proceso del cual se derivó la condena del accionante en revisión, resolviendo sobre su responsabilidad, el recurso de nulidad o el recurso de casación, no puede avocarse al conocimiento de su demanda de revisión.

II. DISPUSIERON que la relatoría, en cada acción de revisión, dé cuenta de la existencia de esta incompatibilidad para disponer lo correspondiente.

17. PROCESOS ESPECIALES

280

§280. Proceso Penal Inmediato Reformado. Legitimación y alcances

Acuerdo Plenario Extraordinario	2-2016/CIJ-116
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro, Salas Arenas y Neyra Flores.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 446° NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 12 y 15 al 24

RESUMEN:

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

Para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa -incluso a través de medios audiovisuales-, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados

inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina "diligencias policiales de prevención".

FUNDAMENTOS:

7º. Sin duda, el proceso inmediato nacional –de fuente italiana-, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad -para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia-, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de "evidencia delictiva"; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal.

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto (*i*) de evidencia delictiva y (*ii*) de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446°, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, del 30-8-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable -aunque no irrazonablemente- las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: "La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente".

8º. La "prueba evidente" o "evidencia delictiva" se define a partir de tres instituciones -dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP,

que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato-: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.

Las *notas sustantivas* que distingue la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. *Las notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) - nunca meramente presuntiva o indiciaria- de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de "delito flagrante" requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/ 1993).

Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi

flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención -en pureza, que viene de 'intervenir'- en el hecho delictivo [*LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. México: Iura Editores, p. 95].*

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por si la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Es cierto que la medicación del articulo 259 NCPP, establecida por la Ley número 29596, de 25-8- 2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado -notas sustantivas de la flagrancia delictiva-, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa - incluso a través de medios audiovisuales-, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo

imprescindible, que es a lo que se denomina "diligencias policiales de prevención" *[Conforme GIMENO SENDRA, VICENTE. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].*

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir -este sería el caso-, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva -por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario- *[MARTÍN MORALES, RICARDO. "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante". En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; 01-02, 1999, p. 2].* La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio *[BRICHETTI, GIOVANNI. La "evidencia" en el Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial EJEA, 1973, p. 169].*

Debe asumirse que el supuesto de "flagrancia presunta" puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que *"...la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita como llegaron al poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de este, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, cono la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante..." [AGUSTINJESUS PEREZ-CRUZ MARTIN y otros. Derecho Procesal Penal. Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691]*

B. El delito confeso está definido en el artículo 160° NCPP. Por razones de implicación procesal, la regla para su admisión será la denominada "confesión pura o simple", en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra -relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito-. Ese reconocimiento de los hechos por

el cometidos (confesión propia), ha de ser libre -sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño- y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, *(i)* debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; *(ii)* debe ser sincera -verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos- y espontánea -de inmediato y circunstanciada-; y, como requisito esencial de validez, *(iii)* ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación -fuentes o medios de investigación-, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de "prueba plena", se erigía en la *"regina probatorum" [GIMENO SENDRA, VICENTE. Obra citada, p. 559].*

La "confesión calificada", es decir, la Incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal *[BARRAGAN SALVATIERRA, CARLOS. Derecho Procesal Penal. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497]*, en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por si aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. Cuando la ley hace mención a la denominada "prueba evidente" exige una prueba que inmediatamente, esto es, prima facie, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema *probabilidad [BRICHETTI, GIOVANNI. Obra citada, p. 17].*

Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión -en tanto supuestos propios de evidencia delictiva-, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es idóneos y con suficinte fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de "prueba evidente" está referido a la valoración del resultado de la prueba -si esta se produce de un modo seguro y rápido- y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo *[BRICHETTI, GIOVANNI. Obra citada, pp. 68-70, 191]*. Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse "evidencia" como traducción equivoca de la voz inglesa *"evidence"*, pues esta última significa, simplemente, 'prueba' o 'cada una de sus especies' *[CABANILLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Volumen III. Trigésima edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 665]*.

9º La "ausencia de complejidad o simplicidad procesal" tiene una primera referencia -no la única- en el artículo 342°.3 NCPP, modificado por la Ley número 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agraviados, hechos delictuosos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación - tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse-, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella -lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo-. Estos supuestos, como es obvio, demandan

un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpación formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [*BARONA VILAR, SILVIA y otros. Derecho Jurisdiccional-Tomo III. 22° edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 587].*

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento *[BARONA VILAR, SILVA. Obra citada. P. 588]* permiten apartar del proceso inmediato *(i)* hechos complejos -en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos-; o, *(ii)* en el que existen motivos razonables para dudar -que no descartar radicalmente tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia *ab initio* del resultado incriminatorio.

La necesidad de especiales -o especificas- averiguaciones acerca del hecho o de su autor o participe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la inmediación del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos de convicción -seguridad del material probatorio-, que es la base de la investigación *preparatoria [LEONE, GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones EJEA, 1963, pp. 457-458].*

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación – a lo complicado y/o extenso del mismo-, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora

en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera-.

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos - a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los indiciados en el hecho o hechos delictuosos-. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva -prueba evidente- debe comprenderlas acabadamente.

10° Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal -en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor-. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justiciar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda, mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa -tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)-. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena -siempre, un *factum*-, para prescribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

La determinación de lo que debe estimarse como "delito especialmente grave" no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal -en adelante, CP- y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos *(i)* con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 108-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 189, tercero párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); *(ii)* con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 108-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153- A, segundo párrafo, CP); o, *(iii)* con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

11º La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo prima y se denomina "ámbito de aplicación"-. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales – investigación sencilla-.

12º El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: 1. Audiencia única de incoación. 2. Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia

del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: *(i)* de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación ajuicio; y, *(ii)* de realización del juicio propiamente dicho.

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde "[...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos" (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio res la meta— del proceso penal en el sistema euro continental. Los apercibimient05 ante la inconcurrencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su concurrencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

15°. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del articulo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurran los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.

La justificación constitucional del proceso inmediato —su fundamento material— se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera

la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria —la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el "no poder cumplir-", sino el "no querer cumplir" (STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo *[PRATS CANUT, JOSE MIGUEL. Comentarios, Obra citada, p. 459]*- pero son suficientes —vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así— para estimar en clave de evidencia delictiva — y en principio—, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva adentro de los marcos y con estricto respeto del articulo 213 NCPP—, constituye un claro supuesto de "evidencia delictiva". Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

16º. De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está -así debe entenderse— cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de dicho artículo, que son —como ya se anotó— condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión "bajo responsabilidad", que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal. Siendo así:

A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso —delito común o exceptuado—, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar incomunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b), del articulo 447 NCPP permite que se inste el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal —Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria—. El fiscal tiene la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada "oportunidad tardía", que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el Cumplimiento de la ley que sujeta su aplicación a que se

satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único pre5upuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del articulo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) —claro está, si se dan los requisitos para su instauración? o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

17°. La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el parágrafo precedente. Es inadmisible obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad —obviamente funcional, nunca penal— del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley —y así debe reconocérsele—, precisamente varias Opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta. Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas que afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Sin embargo, como es posible, en clave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de última ratio, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional *[RUBIO CORREA, MARCIAL. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N.º 145— 99— AA-TC, del ocho de setiembre de 1999, y Nº 5-96-I-TC, de diecinueve de (??) de 1996]*.

Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18º. Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato.

El articulo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscripto al delito flagrante —artículo 446, literal a) del apartado 1, NCPP— y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva —artículo 447, numeral 1), NCPP—, supuesto en el que el Fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente —artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP—, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, *"...luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria..."*.

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho

de defensa —plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1), del Título Preliminar NCPP— que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; 5010 a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8º, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa —para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva—, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

19º. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente —en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles—, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447º NCPP.

En este último caso —literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446º NCPP— los plazos se extienden —se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso—. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal —que es el plazo para el delito flagrante— y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal —que es la mitad del plazo fijado para el juicio oral (artículo 355º.l, NCPP)— o, según los casos vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20°. El apartado uno del artículo 448° NCPP estipula que el Juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el Juez de la investigación preparatoria, debe realizar la audiencia en un plazo que *"...no debe exceder los setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional"*.

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro Juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación —si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos—, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350°.1 NCPP; y, tercero, que el segundo periodo de la audiencia es, propiamente, la realización puntual del debate oral —ejecución de las pruebas y alegatos—.

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación dictado por el Juez Penal. Es claro que el auto debe emitirse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, es a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa. Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21°. **El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa** Dictado el auto de incoación del proceso inmediato —que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP) —, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho lo cual el juez de la Investigación Preparatoria remitirá las actuaciones al juez Penal competente.

En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer periodo del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendentes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil

—decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento—. Este periodo culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación ajuicio.

El segundo periodo del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: "[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato", lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencia deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión —lógica excepcional—, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreabundantes.

No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

22º. El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que, por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional, se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para

la decisión de la causa. La opción que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será —previo debate contradictorio— dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso especial de seguridad (artículo 458º.1 NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el Juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el Juez de la investigación preparatoria o el Juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447º NCPP.

23º. Audiencia de Incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3 NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad —incluye el acuerdo reparatorio— o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

A. El apartado 4) de dicha disposición legal dispone que el juez de la Investigación Preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: **1**. Procedencia de la medida de coerción. **2**. Procedencia, indistinto y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. **3**. Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si [a ley tija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnere irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión materia].

B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las tres alternativas del punto segundo, el juez de la Investigación Preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.

C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo —el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho Futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253.2 y 3, NCPP)—, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación —ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía—, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso —cuando ya se hubiera emitido tal disposición, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7) del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 338.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha positivizado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

24°. Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo —es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo 418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente —que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato—, no tiene efecto suspensivo.

Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias —en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas—, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el juez Penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto —que integra la garantía de tutela jurisdiccional—, tal situación no impide que el juez Penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el juez de la Investigación Preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en Su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el juez Penal.

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

281

§281. Acusación directa y proceso inmediato

Acuerdo Plenario	6-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 336°.4, 446°, 447° y 448° del NCPP.
Fundamentos Jurídico Vinculantes	8° al 23°

RESUMEN:

*La **acusación directa** es un **mecanismo del proceso común que busca acelerar el proceso penal y en virtud del cual el Fiscal se encuentra facultado de formular acusación directamente si considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión**, una vez concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial. En este sentido, el requerimiento acusatorio cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación (individualiza al imputado, satisface el principio de imputación necesaria, establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción, determina la cuantía de la pena y fija la reparación civil, así como ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia)*

*El **proceso inmediato**, por su parte, es un **proceso penal especial que busca la simplificación procesal basada en criterios de racionalidad y eficiencia, sobre todo en los casos en que sean innecesarios mayores actos de investigación***

(flagrante delito, confesión, o cuando los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, previo interrogatorio del imputado, sean evidentes). El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional. Al ser diferente al proceso común y no contar con etapa intermedia, en el procedo inmediato será el Juez de Investigación Preparatoria quien controle el requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato, y el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos. Ello no afecta el principio de imparcialidad.

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales:

6°. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336°.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

7°. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446°/448° NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario N° 05–2009/CJ–116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura

procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336°.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446° y ss NCPP:

8°. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes, el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP.

9°. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°.1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los

demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria:

10°. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11°. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente -como una de sus facultades como director de la investigación- el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336°.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349° NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria

prevista en el artículo 336°.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa:

12°. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (*i*) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (*ii*) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (*iii*) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (*iv*) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (*v*) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13°. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350°.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14°. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349°.4 NCPP, indicará entre otros aspectos 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. En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo

dispuesto por el artículo 286° NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple.

Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria:

15°. Estando a lo dispuesto por el artículo 447°.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: **(i)** luego de culminar las diligencias preliminares y **(ii)** antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

El proceso inmediato y la etapa intermedia:

16°. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17°. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado;

y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18°. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo 448°.1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato.

Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448°.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8° NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso -aunque no obligatoriamente-, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las

consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

B. El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°.2 NCPP.

Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato:

19°. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

20° En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia -donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren- cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: ***i.*** Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. ***ii.*** Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

21°. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.

22°. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto,

se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

23°. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto."

282

§282. La terminación anticipada del proceso penal

Acuerdo Plenario	5-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 161°, 468°.4, 468°.5, 468°.7 y 471° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 21°

RESUMEN:

La terminación anticipada es un ***proceso penal especial autónomo*** *–y no una mera incidencia o proceso auxiliar-, que se sustenta en el principio del consenso y que se celebra después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y antes de que se formulase la acusación fiscal.*

En dicho proceso ***importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible, lo que contribuirá a que reciba beneficios tales como una reducción de la pena en una sexta parte, acumulable al beneficio que se reciba por confesión****; siempre que su consentimiento sea* ***libre, voluntario, informado y auxiliado*** *por un abogado defensor. En base a ello es que el Juez deberá llevar a cabo los controles sobre la legalidad del acuerdo y la razonabilidad de la pena (que respete los ámbitos legales tanto en lo que corresponde a la pena básica como a la pena concreta).*

La sentencia anticipada aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. La desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial.

FUNDAMENTOS:

"Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada:

6°. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP:

7°. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros –Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y

al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8°. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada –sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

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 de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar –es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, 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 un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9°. Si es que las partes arriban a un acuerdo –que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10°. 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 al hecho punible.

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, 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 permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva- **(i)** de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y **(ii)** que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11°. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12°. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada:

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

Recursos en el proceso especial de terminación anticipada:

15°. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido,

cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16°. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo-. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)-.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común:

17°. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir

es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18°. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o "criterios" contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad

y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19°. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo 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 que permite 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° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la

terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal."

283

§283. Flagrancia presunta, flagrancia, diligencias preliminares y proceso inmediato

Casación	692-2016-LIMA NORTE
Fecha	04 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 259°, inciso 4; 446° del NCPP.

RESUMEN:

El artículo 446 del Código Procesal Penal establece los presupuestos materiales que determinan la incoación del proceso inmediato, en cuanto procedimiento especial informado por el principio de aceleramiento procesal. Esta norma, en lo pertinente, requiere ***flagrancia delictiva*** *o prueba evidente del hecho y de la participación de su autor.*

El artículo 259 del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, el inciso 4 del citado artículo regula la denominada "flagrancia presunta". En este supuesto el agente, ha de tener los bienes delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o efectos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito.

La flagrancia, por su propia razón de ser, requiere una acreditación de los hechos por prueba directa a partir de informaciones categóricas, procedentes del agraviado, de testigos presenciales o de filmaciones indubitables, que demuestren, sin necesidad de inferencias complejas, que el detenido fue quien intervino en la comisión del delito.

Las citadas diligencias —las denominadas "diligencias urgentes e inaplazables"— son aquellas que se realizan bajo las exigencias de una situación concreta que requiere el rápido aseguramiento de las fuentes de investigación, diligencias que, por tal motivo, no pueden esperar. Desde luego, una diligencia de investigación, como es la pesquisa-registro vehicular, puede ser ampliada, más aun si en el primer registro vehicular no intervino el Ministerio Público.

En consecuencia, desde la perspectiva de la calificación de la flagrancia del delito —en sus diversas modalidades— e incluso en el supuesto de prueba evidente del mismo, es de tener en consideración que para su calificación se asume exclusivamente todo aquello que constaba en determinados momentos procesales. Para el ***primer supuesto****: la información que se tenía, momentos previos y en el mismo instante de la detención (información de la víctima o de un testigo presencial del hecho, vestigios materiales o información videográfica, entre otros). Para el* ***segundo supuesto****: los actos de investigación acopiados en el curso de las diligencias preliminares, hasta el momento de la incoación del proceso inmediato.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que los actos de investigación relevantes que dieron lugar a la incoación proceso especial inmediato y ulterior tramitación bajo ese trámite procedí mental, son:

A. Producida la detención del imputado Cortez Ortega, merced a la indicación de la agraviada Matos Valera al percatarse de la presencia del vehículo cuya placa apuntó, se le efectuó un registro personal —realizada el veintinueve de enero de dos mil dieciséis, a las tres horas con diez minutos—, con resultado negativo para un bien de propiedad de la agraviada. Asimismo, diez minutos después, se realizó un registro vehicular con resultado negativo. En las actas levantadas al efecto solo estuvieron presente el policía instructor y el imputado —la agraviada solo estuvo presente en la diligencia de registro vehicular— [fojas veintidós vuelta y veintitrés]. Cabe señalar que el vehículo intervenido se puso a disposición de la Comisaría de Puente Piedra ese mismo día a las dos horas con cuarenta y cinco minutos [fojas veintiocho]; luego, el registro vehicular se realizó en sede policial.

B. La agraviada Matos Valcra denunció el robo en su agravio el veintinueve de enero de dos mil dieciséis, como a las dos horas con veintiún minutos e indicó que no reconoció al chofer [fojas

veintiséis]. En su primera manifestación preliminar [fojas quince], realizada el mismo día veintinueve de enero de dos mil dieciséis, a las siete horas con veinte minutos, con el concurso del Fiscal, detalló el hecho y si bien apuntó las placas del vehículo que utilizaron los asaltantes para huir, no logró ver el rostro del chofer, ni de ninguno de los intervinientes en el robo. De otro lado, en su manifestación preliminar [fojas diecinueve], llevada a cabo a las doce horas con veinticinco minutos del mismo día, luego del segundo registro vehicular al coche conducido por el imputado, reconoció como suyas las cosas encontradas en el automóvil. Cabe resaltar, sin embargo, que la indicada agraviada al declarar en el juicio oral señaló que vio la cara del imputado Cortez Ortega y que lo reconoce plenamente [minuto cuarenta y dos].

C. La policía por orden y con asistencia del Fiscal realizó un segundo registro vehicular a las once horas con treinta minutos del citado día veintinueve de enero de dos mil dieciséis en la Comisaría Laura Caller. En la parte de atrás, debajo de un cartón color blanco, se encontró un bolso negro de material sintético con bordes blancos, que contenía cosméticos de mujer, un peine, una tarjeta del Banco de Crédito del Perú y el Documento Nacional de Identidad de la agraviada, y un llavero con tres llaves. El acta se firmó por los fiscales, pero no lo hizo el imputado. Se devolvió a la agraviada los bienes de su propiedad [acta de fojas veintitrés vuelta, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis].

D. La audiencia de proceso inmediato se realizó el día treinta de enero de dos mil dieciséis, a las once horas con treinta minutos, con asistencia de las partes (fiscal y el imputado y su defensor), según fojas sesenta y siete. Ese mismo día se dictó el auto de incoación del proceso inmediato, que quedó consentida el indicado día [fojas sesenta y ocho y sesenta y nueve].

E. Se formuló acusación el uno de febrero de dos mil dieciséis (fojas setenta y seis], y el día cuatro de febrero de dos mil dieciséis se emitió el auto de enjuiciamiento (fojas ochenta y siete]. El cinco de febrero de dos mil dieciséis se inició el juicio oral. La defensa del imputado ofreció prueba testifical y documental [fojas noventa y seis]. La audiencia continuó el nueve de febrero de dos mil dieciséis, ocasión en que, como dato singular, se tiene que el Tribunal de Primera Instancia

llamó la atención a la defensora del imputado y apercibió que si no lleva a cabo una defensa efectiva se la cambiaría por un abogado de oficio [fojas ciento siete].

F. El imputado Cortez Ortega siempre negó los cargos. No sabe cómo apareció el bolso en la maletera del vehículo que dedica al servicio de taxi. Señala que en el primer registro vehicular no se encontró nada, pero luego en un segundo registro apareció el bolso en la maletera del coche [fojas diecisiete y veinte].

SEGUNDO. Que, como se sabe, los presupuestos procesales son circunstancias tan importantes que la admisibilidad de todo el proceso depende de su presencia o ausencia; o, mejor dicho, son condiciones de admisibilidad para alcanzar una decisión material, por lo que la comprobación de los presupuestos procesales es de oficio en todas las etapas del proceso (VOLK, Klaus, 2016: 208/210).

Uno de los presupuestos procesales está referido a la causa, a su correcta tramitación desde las reglas estipuladas por el Código Procesal. Esto último tiene un sólido respaldo constitucional en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución, cuando precisa que: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos". Es pues uno de los derechos procesales fundamentales que integran la garantía genérica del debido proceso.

En el presente caso se discute si se presentan los presupuestos materiales de la incoación del proceso especial.

TERCERO. Que el artículo 446 del Código Procesal Penal establece los presupuestos materiales que determinan la incoación del proceso inmediato, en cuanto procedimiento especial informado por el principio de aceleramiento procesal. Esta norma, en lo pertinente, requiere flagrancia delictiva o prueba evidente del hecho y de la participación de su autor.

La flagrancia delictiva está regulada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, de veinticinco de agosto de dos mil diez. El inciso cuatro del citado artículo regula la denominada "flagrancia presunta". Según esta norma, existe flagrancia cuando: "El agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso". Por la naturaleza del acto en cuestión, que importa la

privación del derecho fundamental a la libertad personal, es obvio que la indicada disposición debe interpretarse restrictivamente.

El agente, en este supuesto, ha de tener los bienes delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o electos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito. El imputado Cortez Ortega no fue reconocido por la agraviada en el momento en que ocurrió el robo en su agravio. Ella no le vio el rostro. Por eso es que no lo describió en su denuncia ni en su declaración preliminar, de suerte que llama la atención que recién lo haga en el juicio oral inmediato.

La agraviada, según expresó, apuntó el número de placa de rodaje del vehículo utilizado para el robo. Cuando horas después se capturó el vehículo, de inmediato, se efectuó un primer registro vehicular con resultado negativo para un bien de la agraviada. Empero, horas más tarde, a instancias de la Fiscalía, se realizó un segundo registro vehicular, sin presencia del abogado del imputado, y en la maletera se halló el bolso de la agraviada con parte de los bienes sustraídos, acta que no firmó el imputado pues no aceptó lo que se descubrió en la maletera del coche que conducía.

CUARTO. Que la actuación de las diligencias de investigación preliminar —las denominadas "diligencias urgentes e inaplazables"— son aquellas que se realizan bajo las exigencias de una situación concreta que requiere el rápido aseguramiento de las fuentes de investigación, diligencias que, por tal motivo, no pueden esperar. Ese es el caso de las pesquisas y, en especial, de un registro vehicular, regulado por el artículo 210, apartados 3 y 4, del Código Procesal Penal. El imputado, en este caso, tiene derecho de hacerse asistir por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

Desde luego, una diligencia de investigación, como es la pesquisa-registro vehicular, puede ser ampliada, más aun si en el primer registro vehicular no intervino el Ministerio Público. En este caso, sin embargo, no existen razones de extrema urgencia que impidan la intervención de un abogado defensor en sede de investigación preliminar (artículo 71, apartados 1 y 2, literal "c" del Código Procesal Penal). En la segunda acta no constan las razones por las cuales el imputado rehusó firmar el acta, tampoco por qué no se contó con un abogado defensor de confianza o, en todo caso, con un abogado defensor de oficio. Estatuye, al respecto, el artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal que: ... *"Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran"*.

QUINTO. Que, en consecuencia, desde la perspectiva de la calificación de la flagrancia del delito —en sus diversas modalidades— e incluso en el supuesto de prueba evidente del mismo, es de tener en consideración que para su calificación se asume exclusivamente todo aquello que constaba en determinados momentos procesales. Para el primer supuesto: la información que se tenía, momentos previos y en el mismo instante de la detención (información de la víctima o de un testigo del hecho, vestigios materiales o información videográfica, entre otros). Para el segundo supuesto: los actos de investigación acopiados en el curso de las diligencias preliminares, hasta el momento de la incoación del proceso inmediato. Así las cosas, no es posible afirmar que en este caso se cumplieron con esos presupuestos para incoar un proceso especial inmediato.

La agraviada no había visto el rostro del imputado —ni siquiera lo describió cuando denunció el delito en su perjuicio ni cuando declaró en sede preliminar—. Es más: en el vehículo, cuando se efectuó el primer registro vehicular, no se hallaron los objetos del delito. Es verdad que la agraviada apuntó la placa del vehículo y, al verlo posteriormente, luego de unas horas, identificó el coche y pidió la ayuda policial correspondiente para su captura. Pero, en atención: (i) al tiempo transcurrido, (ii) al hecho de que el imputado no se le capturó en el teatro del delito, (iii) a las protestas de inocencia de aquél, y (iv) que al momento de la primera revisión vehicular no se encontró los objetos del delito, no es posible concluir que se está ante un supuesto de flagrancia presunta.

La flagrancia, por su propia razón de ser, requiere una acreditación de los hechos por prueba directa a partir de informaciones categóricas, procedentes del agraviado, de testigos o de filmaciones indubitables, que demuestren, sin necesidad de inferencias complejas, que el detenido fue quien intervino en la comisión del delito. En el presente caso, frente a los vacíos probatorios resaltados, no puede concluirse, todavía, que el imputado era quien conducía el vehículo utilizado para el robo en agravio de Matos Valera: no se daba una situación de flagrancia delictiva. La captura del vehículo, al coincidir su placa de rodaje con la apuntada por la agraviada, sin la posesión del objeto del delito y sin el reconocimiento de esta, no satisface el rigor conceptual del delito flagrante.

SEXTO. Que tampoco es posible sostener el requisito de prueba evidente, que también permite la incoación del proceso inmediato. Lo central para que se dé por establecida la evidencia delictiva sería, en el presente caso, el hallazgo de los bienes robados en el carro conducido por el imputado. Como quedó dicho, en el primer registro vehicular no se encontraron parte de los bienes robados a la agraviada. Recién, al producirse un segundo registro vehicular, es que se hallaron

los bienes descritos en el acta de fojas treinta, que luego se devolvieron a la víctima [acta de entrega de fojas 23 vuelta].

Empero, la diligencia no cumplió las exigencias legales que le confieren fiabilidad y eficacia procesal. No estuvo presente un abogado defensor, no se consignaron las razones por las cuales el primero no estuvo presente y el imputado no firmó el acta. La presencia de un abogado defensor, fuera de los supuestos de urgencia y peligro por la demora, es insustituible. El vehículo ya estaba en poder de la Comisaría de Laura Caller y el imputado estaba detenido, luego, no se justifica la inasistencia de un defensor en ese acto. Se vulneró, entonces, la concordancia de los artículos 71, apartados 1 y 2, literal "c" y 120, apartado 2, del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO. Que, sin analizar si, finalmente, el imputado Cortez Ortega es culpable o inocente, como consecuencia de la valoración del conjunto de la prueba actuada durante el enjuiciamiento, es de resaltar que el proceso no pudo ser tramitado por la vía inmediata, sino por la común u ordinaria. Al hacerlo, indebidamente, bajo el proceso inmediato se afectó el artículo 139, numeral 3, de la Ley Fundamental: el proceso no fue debido, con todas las garantías. La inobservancia de este derecho fundamental generó indefensión material, por lo que es de ampararse el recurso de casación por la causal de vulneración de precepto constitucional: artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal.

Asimismo, la segunda diligencia de registro vehicular no cumplió con los cánones estipulados en la Ley Procesal, por lo que la decisión de incoar el proceso inmediato no pudo basarse en esa actuación preliminar. Esa diligencia y el acta de su propósito, como generaron indefensión material, incurrieron en un quebrantamiento de la ley procesal (concordancia de los artículos 71, apartados 1 y 2, literal "c" y 120, apartado 2, del Código Procesal Penal), que hace inutilizable tal acto de investigación. En él no se puede fundar ninguna resolución judicial. La causal de infracción de precepto procesal se estima y así se declara.

Debe quedar claro, por lo demás, que la exclusión de ese segundo registro vehicular no importa, de plano, la absolución. Es posible, desde una perspectiva general, que la autoría del imputado se acredite con otros medios de prueba. Esto último dependerá, obviamente, del conjunto de la prueba de cargo y si tal prueba está en condiciones de enervar la presunción constitucional de inocencia.

OCTAVO. Que, finalmente, cabe reiterar lo que estableció el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil dieciséis oblicua CIJ guión ciento dieciséis, Fundamento Jurídico veintitrés-D, de uno de junio de dos mil dieciséis. La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo

necesariamente la anulación de la prisión preventiva; y, la modificación de esta medida de coerción personal requiere petición parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Sin embargo, lo que es singular en el presente caso es el tiempo de privación procesal la libertad: ya alcanza cerca de los quince meses. Como el plazo ordinario de la prisión preventiva, en estos casos, es de nueve meses (artículo 272, apartado 1, del Código Procesal Penal), es evidente que ya venció (se dictó el treinta de enero de dos mil dieciséis) —no cabe tomar en cuenta la mitad de la pena impuesta, porque la consecuencia de amparar el recurso de casación es la anulación de las sentencias de mérito, luego, la causa debe retrotraerse a la etapa de instrucción—. Rige para esta solución, el artículo 273 del citado Código, que es del caso aplicar.

284

§284. Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal

Casación	63-2011-HUAURA
Fecha	24 de abril del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 184°, 185°, 186°, 187° y 188° del NCPP.

RESUMEN:

En los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella) ***se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado****. Las reglas establecidas para la institución denominada cadena de custodia que establece el Código Procesal Penal y el Reglamento aprobado a través de Resolución N° 729-2006-MP-FN no son aplicables a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella). La debida motivación de las resoluciones judiciales, comprende también la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto que se fije como reparación civil, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada con la determinación de las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia, pueda contradecir los argumentos que las sustentan al momento de presentar su recurso impugnatorio.*

FUNDAMENTOS:

"**SÉTIMO:** Que, sin perjuicio de lo anotado, debe indicarse que en los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella) se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material (debido proceso, derecho

de defensa, contradicción, entre otros) respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado; debiendo indicarse al respecto que en el Libro Segundo, Sección II, Título II, Capítulo V del Código Procesal Penal –artículos ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y ocho-, se regula lo relativo a la incorporación al proceso de la prueba documental, clases de documentos, reconocimiento de documento, traducción, trascripción y visualización de documentos, entre otros, de donde se advierte que se considera como prueba documental, entre otros, las grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registros de sucesos, imágenes, voces, debiéndose ordenar cuando sea necesario, el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquél que efectuó el registro, asimismo se establece que cuando el documento consista en una cinta de video, se ordenará su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes; reglas que son de aplicación a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, por no ser incompatibles con su naturaleza.

OCTAVO: Que, siendo ello así, no se advierte que en el presente caso, se hallan vulnerando garantías constitucionales de carácter procesal o material para incorporar al proceso como prueba documental el video que la querellante ofreció como medio de prueba en su escrito de querella, que registra las frases difamatorias que le infirió el querellado en el programa televisivo Cables Noticias Internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional, debido a que el querellado no contestó la demanda de querella ni cuestionó en su oportunidad la referida prueba, más aún, si se cumplió con visualizar dicho documento en presencia de las partes procesales en el Juicio Oral, cuyo contenido visualizado fue reconocido incluso por el propio querellado, conforme se advierte del acta de la sesión del veinticinco de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento seis.

NOVENO: Que, en consecuencia habiéndose establecido en la presente Ejecutoria, que la normatividad procesal penal y Reglamento aprobado por Resolución nº 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, y no advirtiéndose que en el proceso de querella que nos ocupa se haya vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material referida a la incorporación al proceso como prueba documental del video ofrecido por la

parte querellante en su escrito de querella, este Supremo Tribunal concluye, que no es amparable la causal invocada por el encausado recurrente en su recurso de casación, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; sin perjuicio de indicar que este Supremo Tribunal en la resolución de un recurso extraordinario de casación, sólo está facultado para realizar pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal o no de un imputado, en la medida que se haya presentado en un caso concreto, algunas de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, lo cual no sucede en el caso *sub examine*.

DÉCIMO: Que, en cuanto al extremo de la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto a fijar por concepto de reparación civil en una sentencia judicial, debe indicarse lo siguiente: ***i)*** el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios de la función jurisdiccional "*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*"; ***ii)*** el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, recaída en el expediente ocho mil ciento veintitrés – dos mil cinco- PHC7TC (Caso: Nelson Jacob Guzmán), ha establecido que *"(...) la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informe el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ello (...) se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (...) y (...) que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa)*; agregando que uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, mientras que en la sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, recaída en el expediente setecientos veintiocho – dos mil ocho-PHC/TC (caso Guiliana Flor de María Llamoja Hilares) se indica 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 no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico a los que se derivan del caso*", estableciendo además los supuestos que deben tenerse en consideración para una debida motivación de las resoluciones judiciales; y ***iii)*** el Título III, Capítulo II del Código Penal, establece expresamente los criterios que debe tener el juez para determinar e individualizar la pena aplicable al agente responsable de la comisión

de un delito; de igual forma el Título VI, Capítulo I del Código Penal, regula el tema relacionado a la reparación civil y consecuencias accesorias, indicándose otras cosas, que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios; y ***iv)*** mediante Resolución Administrativa nº 311-2011-P-PJ de fecha uno de setiembre de dos mil once, emitida por el Presidente del Poder Judicial, se dictaron líneas directrices para la correcta determinación judicial de la pena, en base a los fundamentos jurídicos siete, ocho y nueve del Acuerdo Plenario número uno – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho.

DÉCIMO PRIMERO: Que, ofendiendo a la normatividad anotada en el considerando anterior, debe indicarse que la debida motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia nuestra Constitución Política, no sólo está referida a la fundamentación láctica y jurídica que debe realizase en una sentencia judicial de índole penal para efectos de acreditar la responsabilidad penal o no de determinado encausado por la comisión de un delito imputado, sino que también debe realizarse la misma fundamentación respecto a la sanción penal y consecuencias civiles en caso de sentencia condenatoria, más aún, si nuestra norma procesal penal permite la impugnación de la sentencia contra dichos extremos, lo cual requiere que lo decidido al respecto por el Órgano Jurisdiccional respectivo se encuentre debidamente motivado y justificado jurídicamente en la resolución judicial, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada con dicho extremo del fallo, pueda contradecir dichos argumentos al momento de presentar su recurso impugnatorio respectivo." (Sic.)

285

§285. Características de la flagrancia delictiva

Recurso de Nulidad	1589-2013-LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.

RESUMEN:

Existen además de las dos notas clásicas materiales de la flagrancia delictiva –inmediatez temporal e inmediatez personal- dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –no solo meramente presuntiva o indiciaria- de las dos notas anteriores y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención;

que como se trata de prueba ilegalmente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao, por lo que -sin comunicar a la Fiscalía— el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas de nacionalidad Lituana. por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble. ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de rojas ciento veintidós]-. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos- se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados, y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de rojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos]. así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después- se realizó un acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de rojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de

personas [acta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente. el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha-; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

2. Es de diferenciar prueba documental -los. documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas -si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica -prueba preconstituida y prueba anticipada-.

3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida. si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba --la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia.

Constituye,' en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad. el argumento es de fondo -es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia- y. de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención -fuente de prueba- o en su actuación -medio de prueba- no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°. inciso 9 de la. Constitución.

SEPTIMO: Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad la firma

de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas. la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad -que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria-.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez -temporal e inmediatez personal. se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva -nunca meramente presuntiva o indiciaria— de las dos notas anteriores. y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo. ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición cíe los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lile* estas notas no se presentaban, por ende se requirió orden judicial —inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión —no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria-.

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice

incautado —prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular -prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba —requisito incumplido en esta causa-.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el articulo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

286

§286. Proceso inmediato y delitos especialmente graves

Casación	622-2016-JUNÍN
Fecha	6 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 446 del NCPP

RESUMEN:

La celeridad e impulso del proceso para su conclusión inmediata no amerita que se deba excluir de defensor al procesado, en tanto garantía de un debido proceso, pues la indefensión afecta derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS:

4. MARCO INCRIMINATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

DÉCIMO. Del requerimiento fiscal se desprende que el imputado Luis Miguel Quiquia Damián habría abusado sexualmente de la menor de iniciales F.J.T.O. de trece años de edad, el dieciocho de febrero dos mil dieciséis, a las 22:00 aproximadamente, en circunstancias en que dicha menor se encontraba en el velorio de su abuela materna, en el local Dos de Mayo, ubicado en el jirón Chanchamayo. Es así que de un momento a otro, la menor agraviada desapareció del lugar, por lo que fue buscada por sus padres por distintos lugares en toda la ciudad, pero no lograron encontrarla sino hasta el día siguiente a las 6:30 de la mañana aproximadamente, cuando la menor apareció en el local del velatorio. Luego cuando se dirigieron a su domicilio, la menor les narró que el día jueves

dieciocho de febrero a las 22:00 horas aproximadamente, cuando se encontraba por inmediaciones del jirón Dos de Mayo y el pasaje Las Magnolias, el imputado Luis Miguel Quiquia Damián la condujo por la fuerza y bajo amenazas hasta su habitación ubicada en el jirón Cecilio Limaymanta s/n, donde abusó sexualmente de ella vía vaginal hasta en tres oportunidades, y luego de permanecer por cerca de ocho horas en la habitación del denunciado logró salir y llegar al lugar donde se estaba realizando el velorio, allí le contó el hecho a su tía Marisol Orihuela, quien a su vez le contó lo sucedido al padre de la menor, por lo que éste con la información brindada por su menor hija, procedió a buscar al imputado en el mismo lugar de los hechos, en donde lo encuentra y posteriormente lo conduce a la Comisaría.

DECIMOPRIMERO. La conducta se tipificó como delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de violación de menor de edad, previsto en el primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal.

> Artículo 173.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
>
> (...)
>
> 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

5. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

DECIMOSEGUNDO. Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja sesenta y cinco del cuaderno de casación), el motivo del recurso es para establecer si la declaración de la víctima, sin notificación a la defensa del procesado, en un proceso inmediato, afecta o no el debido proceso.

a) El proceso inmediato y los delitos especialmente graves

DECIMOTERCERO. El proceso inmediato se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin ninguna mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas

procesales o de periodos en su desarrollo[194]. Es decir el proceso adquiere eficacia y se consolida una controversia penal en tiempo breve sobre la base sustancial de "prueba evidente", su aplicación se asienta a partir de ello.

DECIMOCUARTO. De acuerdo a los incisos uno y dos, del artículo cuatrocientos cuarenta y seis, del Código Procesal Penal, y en base a la referida "simplicidad procesal", los presupuestos del proceso inmediato son: i) evidencia delictiva, y ii) ausencia de complejidad. Respecto del primero, se tiene que se da cuando se presenta delito flagrante, confesión sincera del imputado y delito evidente. Por otro lado, respecto a la ausencia de complejidad, es el inciso tres, artículo cuatrocientos cuarenta y dos, del Código Procesal Penal, el cual nos da un primer alcance de cuando nos encontramos frente a un proceso complejo, como es el caso en que exista una cantidad significativa de actos de investigación; existan numerosos delitos; cantidad importante de imputados o agraviados; se tengan que realizar pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o complicados análisis técnicos; se requieran gestiones de carácter procesal fuera del país; se requieran llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales o entidades del Estado; comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

DECIMOQUINTO. Tal como lo señala el Acuerdo Plenario Extraordinario Nº 2-2016-CIJ-116, otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal –en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor–. Así, a mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato, pues los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa. Así, por ejemplo, existen en el Código Penal, delitos que son sancionados con cadena perpetua (sicariato agravado, secuestro agravado, violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, robo con circunstancias especiales agravantes, extorsión agravada); con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio, trata de personas agravada);

---

194 Acuerdo Plenario Extraordinario Nº 2-2016/CIJ-116. FJ. 7.

o, con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuesto de tráfico ilícito de drogas con agravantes). (fundamento jurídico diez).

Asimismo, el referido Acuerdo Plenario refiere que aun cuando la ley procesal, no se centra en la entidad del delito, sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo que prima y se denomina "ámbito de aplicación"–. El Juez debe optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia, desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla– (fundamento jurídico once).

DECIMOSEXTO. Así es de establecer que no es precisa la aplicación del proceso inmediato en los casos en que el hecho punible se encuentra previsto de especial gravedad; pero además de ello es necesario verificar que el caso en concreto exija un esclarecimiento acentuado y por ende una actividad probatoria que no sea sencilla. Así, ante estas dos situaciones se debe optar por el proceso común donde la actividad probatoria se desarrolla de manera más amplia y detallada.

DECIMOSÉPTIMO. En el presente caso se trata de un delito cuya pena es de no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (violación sexual de menor, previsto en el primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal); es decir, es un hecho punible que se encuentra revestido de especial gravedad, pues el desvalor se refleja en un quantum punitivo significativamente elevado. Además, de autos se verifica que en el caso en concreto, a dicha drasticidad punitiva se suma el hecho de que se hace necesaria actividad probatoria más amplia y completa, que solo puede ser llevada a cabo en un proceso común y no en un proceso inmediato; de allí que en el presente caso no debió efectuarse el juzgamiento bajo las reglas del proceso inmediato, precisamente por lo antes señalado.

b) Notificación a la defensa del procesado

DECIMOCTAVO. El inciso catorce, del artículo ciento treinta y nueve, del Código Procesal Penal, señala que toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. Este derecho como parte del derecho de defensa, también se encuentra previsto en el inciso uno, del artículo IX, del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Asimismo, el numeral b), inciso dos, del artículo setenta y uno, del Código Procesal Penal, señala que el imputado tiene derecho a ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.

Finalmente, constituye un principio el de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

DECIMONOVENO. Por otro lado, el inciso cuatro, del artículo ochenta y cuatro, del Código Procesal Penal, prevé como uno de los derechos que goza el abogado defensor, el participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.

VIGÉSIMO. En el presente caso, de autos se advierte que el día diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a las diez horas con treinta y nueve (véase el acta de lectura de derechos al imputado a foja veinte), se informó de sus derechos al imputado Luis Miguel Quiquia Damian, entre ellos los de contar con un abogado defensor, realizándose las diligencias pertinentes; sin embargo, al brindar su declaración, la menor agraviada de iniciales F. J. T. O, que aparece se llevó a cabo el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a horas dos y cincuenta y tres de la tarde (véase a foja veintisiete), solo se advierte la presencia de la representante del Ministerio Público, la abogada de la agraviada y el imputado, sin encontrarse asesorado por un abogado defensor, lo que advierte una vulneración a la garantía del derecho a ser patrocinado por un defensor.

La celeridad e impulso del proceso para su conclusión inmediata no amerita que se deba excluir de defensor al procesado, pues hubo tiempo razonable para la debida concurrencia de este, sea particular o público, en tanto garantía de un debido proceso, pues la indefensión afecta derechos fundamentales.

VIGESIMOPRIMERO. De lo dicho, se concluye que se ha privado al imputado Luis Miguel Quiquia Damian el derecho de contar con un abogado defensor en las diligencias iniciales, pese a que desde el momento en que se le puso de conocimiento de los derechos con que contaba y se llevó a cabo la diligencia en mención, transcurrieron cuatro horas aproximadamente, privilegiándose en

el proceso la celeridad a la concreción de garantías, lo que no es posible bajo el amparo del debido proceso; por lo que es de rigor hacer palmaria la concreción de ese derecho.

Igualmente dada la naturaleza del hecho incriminado, el proceso debe llevarse a cabo bajo lógicas del proceso común, considerando para la actuación probatoria lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, pues en la línea de evitar la revictimización secundaria de una víctima solo es posible una renovada declaración bajo sus parámetros.

VIGESIMOSEGUNDO. Finalmente el encausado Luis Miguel Quiquia Damian sufrió carcelería desde el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis en que fue notificada su detención y se le impuso prisión preventiva por el plazo de un mes, la cual se venció el diecinueve de marzo del dos mil dieciséis, encontrándose más de treinta y ocho meses en privación de su libertad; razón por la que el encausado debe acudir a las diligencias de su procesamiento bajo la medida cautelar que disponga su juzgador.

18. DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

287

§287. Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la Investigación Preparatoria

Casación	437-2012-SAN MARTÍN
Fecha	19 de setiembre del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Art. 2°.6 y 7. del NCPP.

RESUMEN:

Nuestro sistema procesal penal, en consideración del principio de celeridad, economía procesal y de humanización del proceso penal, reconoce instituciones que anticipan las soluciones dentro del proceso; entre ellos los Acuerdos Reparatorios. Este último consiste en la ***reparación civil que se obliga a realizar el imputado a favor de la víctima en base de un acuerdo que previamente se ha dado entre estos sujetos procesales.*** *Esto permite evitar un re-victimización institucional, promueve una mayor participación de la víctima en la cuestión penal, así como una limitación en la intervención estatal. Estos acuerdos* ***tienen la misma eficacia que una sentencia.***

Para esto se necesita que la petición sea trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la Investigación Preparatoria, para que con su conformidad el Juez de la Investigación Preparatoria, ***sin necesidad de audiencia alguna****, expida resolución correspondiente, previo examen del acuerdo para ver si cumple con los requisitos exigidos por ley.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DÉCIMO: Atento a los motivos casacionales, especialmente, *primero*, en cuanto a una correcta interpretación del artículo 2[195], incisos 6[196] y 7[197] del Código Procesal Penal, referidos a la postulación de acuerdos reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria, se debe señalar lo siguiente:

El proceso penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucradas en tales delitos y establecer su culpabilidad o reiterar su inocencia. Dentro de esta finalidad se han introducido figuras, que anteriormente no habían sido consideradas tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo la celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

Así que se han incorporado mecanismos en los cuales las víctimas pueden ejercitar derechos que conlleven a una solución justa de su caso. Es decir, se tiende al reconocimiento más amplio del derecho de las víctimas en el sistema de justicia penal[198]. Bajo estos lineamientos, se inscribe el Acuerdo reparatorio regulado en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, como una fórmula alternativa de solución de conflictos "que busca la reparación de la víctima en determinados supuestos en los que sea posible". Este acuerdo, viene a constituirse como un mecanismo legal, que solo responde a sus demandas o necesidades reales de justicia frente a la afectación de sus derechos y bienes jurídicos protegidos, así

---

[195] Artículo 2 Principio de oportunidad.

[196] 6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo preparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 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 convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de a 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).

[197] 7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento –con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

[198] Cfr. José Antonio Neyra Flores, Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Idemsa Lima- Perú, 2010, pág. 254.

como el daño causado; además, pretende la evitación de un daño mayor, como resultado directo del proceso mismo o de la posible actuación negligente de las instituciones del sistema de administración de justicia, a efecto de no incurrir en la llamada re-victimización institucional, como puede producirse a consecuencia de un proceso penal prolongado u oneroso –a pesar de la gratuidad, si se tiene en cuenta los recursos empleados, tales como: legales, tiempo, emocionales, etc. -, o de circunstancias que conlleve a la víctima a revivir situaciones traumáticas, entre otras.

Por su parte en el ámbito internacional, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[199]", establece que las víctimas merecen una reparación plena bajo cinco formas, tales como: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Estas figuras alternativas a la prosecución del proceso, se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, en la voluntad de las partes (fiscal, investigado y/o víctima), o bien en la declaración unilateral de una de ellas; que al igual, que la solución judicial de la Litis, por el Juez, existe la solución convencional, por el cual, las partes elevan directamente ante el Juez , sus respectivas peticiones para poner fin al proceso, con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia.

Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son consideradas como formas anticipadas de solución del proceso penal y definidas como situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia, dentro de las que se encuentran el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios.

Los acuerdos reparatorios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran, como una forma de auto –composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de laguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito.

En este sentido, deben ser entendidos como un convenio, que se puede celebrar, entre quien sea víctima de un delito y la persona a quien se le impute

---

199 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006 en su Sexagésimo Periodo de Sesiones.

participación en dicho delito (imputado), con el objeto de que el segundo, se obligue a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obligue a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva haya acarreado. La manifestación de la voluntad debe ser libre y consciente, entre el imputado y la víctima, por medio del cual, los mismos llegan a una solución sobre el daño causado por el hecho punible, mediante la restitución, la reparación del daño causado o la indemnización de perjuicios, que son sometidos a la jurisdicción del Juez para que los apruebe o rechace antes de la sentencia definitiva.

La naturaleza jurídica de estos tipos de Acuerdos, es que son convenios de carácter consensual, bilateral, que se encuadra bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece el auto disposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado.

En este contexto, cuando en el artículo 2, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, regula el acuerdo reparatorio, dada su finalidad y naturaleza, una vez iniciada la etapa de investigación preparatoria, se debe entender que este mecanismo puede ser postulado por el inculpado o por la víctima (conforme a la forma prevista en el citado artículo, inciso 3, parte in fine, "acuerdo entre el imputado y la víctima, que conste en instrumento público o documento privado legalizado") de forma directa ante el Juez de la Investigación Preparatoria, especialmente, porque el propósito del acuerdo reparatorio radica en el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, cuyo objeto es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar un proceso largo y costoso.

Esta petición, planteada por el imputado, debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la investigación preparatoria, para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, el Juez de la Investigación Preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo –en tanto, son las partes quienes lo han celebrado- expida resolución correspondiente, quien, no solo homologará el acuerdo, sino que deberá examinar, evaluar y realizar un análisis que comprenda el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, además y de forma primordial, que quienes concurran al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forma libre, y voluntaria con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia en el contexto de la imputación de un hecho punible de los señalados en el artículo 2 en momento, inciso 6, del

indicado Código Procesal, y de cualquier otra situación que directa o paralelamente tenga incidencia dentro de los fines que justifican la existencia de dicho convenio para su posterior homologación.

No obstante, lo señalado respecto al traslado necesario al despacho del señor Fiscal Provincial, en el presente caso, en atención a que, tanto el Fiscal Provincial de la Investigación Preparatoria y el Fiscal Superior se encuentran de acuerdo con el sobreseimiento, y además a, que el representante del Ministerio Público es el que interpuso este recurso de casación, consideramos que por economía y celeridad procesal, este trámite, debe entenderse cumplido.

En esta línea de ideas, queda claro que el imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un lado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la víctima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo d reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

Esta posición re posa no solo en las consideraciones antes expuestas, sino también, en la habilitación legal contendida en el artículo 350m inciso d), respecto a que los sujetos procesales pueden peticionar el sobreseimiento del proceso. Distinta es la legitimidad para solicitar el sobreseimiento teniendo como presupuesto el retiro o desistimiento del ejercicio de la acción penal, respecto a la cual, qué duda cabe, que recae única y exclusivamente en el Representante del Ministerio Público.

Por todo lo cual se concluye, que la postura del procesado Cesar Vicente Horna Tirado, en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad y naturaleza del mismo, sin que se le sea exigible una finalidad determinada, mas que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten, pues el pronunciamiento de retiro de las consecuencias jurídicas penales por el hecho delictivo corresponden tanto al Fiscal Provincial como al Juez encargado de resolver el pedido.

288

§288. Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal

Acuerdo Plenario	04-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 433.4 del NCPP

RESUMEN:

La acción civil ex delicto es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito. Es evidente que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el implica un menoscabo patrimonial a la víctima.

La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés –que sigue nuestro Código Procesal Penal– que prevé el proceso civil acumulado al penal.

Si no existe actor civil constituido en autos, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público. No existen mayores inconvenientes cuando la requisitoria escrita del fiscal es acusatoria. Si el perjudicado no se constituyó en actor civil, el fiscal debe introducir motivadamente la pretensión civil (causa de pedir y petición), con la solicitud probatoria que corresponda.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 3. Naturaleza jurídica de la acción civil ex delicto

25. La acción civil ex delicto es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito. Según SAN MARTÍN CASTRO:

> "El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]. [...] La acción, en rigor, no es ex delicto, sino ex damno. [...] La acción civil es independiente a la penal –aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico–, esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercida. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil".

Concretando estas ideas, cabe enfatizar, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, que es evidente que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el implica un menoscabo patrimonial a la víctima. La relación jurídica material, siempre, es de derecho privado y participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley procesal civil. No pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal y solo podrá iniciarse a instancia de parte. Su contenido y extensión han de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista un especial precepto penal que modifique su régimen.

Asimismo, destacan COBO-VIVES, amparándose en MANTOVANI, que el daño resarcible, o daño civil, es distinto del que pudiera denominarse daño penal. Este último se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, mientras que el primero consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima.

Los fines de la sanción penal y de la reparación del daño son diferentes. En el primer caso, persiguen primordialmente, aunque no exclusivamente, fines preventivos –evitar futuros delitos–. Por el contrario la responsabilidad civil busca únicamente reparar el daño causados a los perjudicados. Son, pues, dos obligaciones autónomas, con presupuestos, contenido y finalidades distintos.

26. La acción civil ex delicto en el proceso penal, ejercitada por el perjudicado por el delito o, en su defecto, por el Ministerio Público –supuesto en el que, enseña GIMENO SENDRA, actúa mediante legitimación derivada o por sustitución –, genera un proceso civil acumulado al proceso penal, una acumulación heterogénea de acciones (penal y civil), bajo propios criterios de imputación jurídica. El perjudicado por el delito tiene la potestad, indistinta, de incoar la acción civil en el proceso penal o recurrir al proceso civil, como dispone el artículo 12, apartado 1, del CPP. La relación entre objeto penal y objeto civil estriba en que se trata unos mismos hechos cometidos por una misma persona (dos objetos interrelacionados en un mismo procedimiento), a partir de los cuales se fijan las consecuencias jurídicas que cada Derecho material prevé. La opción de acudir a una u otra vía (proceso penal o proceso civil) fija, por tanto, una litis pendencia –de ahí, que salvo excepciones legalmente previstas, escogida una vía se cierra la otra (artículo 12, apartados 1 y 2, del CPP)–.

El fundamento de la denominada "responsabilidad civil ex delicto" lo constituye el menoscabo material o moral producido por la actuación ilícita –las singularidades de antijuricidad y tipicidad específicas de lo penal en ningún caso caracterizan la obligación de reparar a la que nada añaden dichas circunstancias–. La obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación. En cuanto al contenido de la obligación, en la responsabilidad civil pura como en la ex delicto lo único que se comprende es el restablecimiento del desequilibrio patrimonial que la infracción ha ocasionado; y, ambas responden a una única finalidad, que no es otra que la de atender a un interés privado como es el de reparar el menoscabo patrimonial o moral producido en la esfera jurídico-privada de un sujeto particular. Luego, la responsabilidad civil ex delicto y la extracontractual son

una única institución, y su eje ricio importa una única acción civil, aunque con la posibilidad de un concurso de normas –las del Código Civil y las reguladas en el Código Penal–.

Menciona al respecto GÓMEZ COLOMER que de todas consecuencias jurídico civiles que se pueden producir a causa del daño derivado de la comisión de un hecho punible en cuanto acción ilícita, la ley penal solamente considera que pueden acumularse en el proceso penal tres: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho. Se trata, entonces, de las prestaciones estrictamente necesarias para reparar el daño causado a los particulares.

La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil "ex delicto", cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación no exige para su efectividad que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por los hechos perpetrados. Incluso, como el Código Procesal Penal reconoce, la perspectiva civil del hecho objeto del proceso permite apreciar y calificar sus efectos que los mismos se deriven de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, el órgano jurisdiccional tiene facultad no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica .

En cuanto a los criterios de imputación civil, se tiene: (i) que la tipicidad, que constituye el presupuesto esencial para que surja la responsabilidad penal, falta por completo en la responsabilidad civil ex delicto; (ii) que si bien la antijuricidad es presupuesto ineludible en ambas clases ilícitos, la concurrencia de la tipicidad en la infracción penal y su ausencia en el ilícito civil determina que en cada una de esas disciplinas jurídicas la contrariedad al derecho tenga un significado distinto –en Derecho civil basta la causación de un daño en intereses jurídicos ajenos–; (iii) que la concurrencia de dolo o

culpa constituye presupuesto común, pero no imprescindible, de la responsabilidad civil derivada del delito –el Código Civil prevé casos de inculpabilidad en los que la obligación privada se mantiene, otros en los que la responsabilidad civil recae en persona distinta a la que cometió el delito, y finalmente en los que se recogen próximos a la responsabilidad objetiva–; (iv) la punibilidad implica, precisamente la posibilidad potencial de aplicar una pena, nunca una sanción civil; y, (v) en lo respecta a los presupuestos de la responsabilidad privada, el único factor esencial para que concurra el ilícito civil es el daño, elemento que, por el contrario, no está siempre presente en el ilícito penal.

§ 4. Primera situación problemática: absolución, sobreseimiento y reparación civil

27. El artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, define un marco de autonomía para el ejercicio de la acción civil *ex delicto* respecto de la acción penal. Señala, sobre el particular, que "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda". El titular de la acción civil es el perjudicado por el hecho ilícito, es decir, el que sufrió el daño respectivo, como acota el artículo 11 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público, en estos casos, tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal. Por tal razón, es que el artículo 11, numeral 1, del citado Código estipula que "[...] si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso".

28. Como se trata de una acción civil, de derecho privado, rige el principio de rogación o dispositivo. Solo puede mediar un pronunciamiento civil en la resolución judicial si ha sido pedida por la parte legitimada (art. 98 del Código Procesal Penal). Empero, en caso de sobreseimiento, si no existe actor civil constituido en autos, es evidente, al mediar distintos criterios de imputación para definir la responsabilidad civil, que corresponde, previamente, instar al Fiscal –si no lo hubiera hecho– una definición específica sobre este ámbito –no se le obliga que requiera una reparación civil, sino que se pronuncie sobre ella-.

Recuérdese que se trata de una acumulación heterogénea de acciones, penal y civil –salvo renuncia expresa del perjudicado por el daño o su precisa indicación de que accionará en la vía civil en un proceso independiente–, por lo que es pertinente exigir que la requisitoria del fiscal, si no se incorporó el perjudicado como actor civil, sea integral; esto es, comprenda lo penal y lo civil. En caso exista actor civil constituido en autos, ante el requerimiento no acusatorio, y más allá de la oposición que pueda plantear contra este ámbito del proceso jurisdiccional, tendrá que pedírsele, igualmente, un pronunciamiento expreso acerca del objeto civil, para someterlo a contradicción.

29. La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés –que sigue nuestro Código Procesal Penal– que prevé el proceso civil acumulado al penal. Lo que el nuevo Estatuto Procesal matiza es que el Fiscal es, como se apuntó, un sustituto derivado que solo intervendrá en el objeto civil cuando el perjudicado decide formalmente no introducir la pretensión civil o indica expresamente que ejercerá la acción civil en un proceso civil aparte (artículo 12, apartado 1, del Código Procesal Penal). Por ende, salvo estas excepciones, el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público (artículo 11, apartado 1, primera oración, del Código Procesal Penal).

Es obvio que si no existe actor civil constituido en autos, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público. Por ello, en su requerimiento –acusatorio o no acusatorio– debe incorporar una sección dedicada al objeto civil. Corresponde al juez, como titular de la función jurisdiccional y garante del cumplimiento de los presupuestos procesales respectivos, examinar la requisitoria escrita del fiscal y, en su caso, de oficio, devolverla si falta un planteamiento explícito sobre este ámbito civil. Es claro que si el fiscal pide una reparación civil, a pesar del requerimiento de sobreseimiento, debe ofrecer la prueba pertinente para su actuación, bajo el principio de contradicción, en el juicio oral.

No existen mayores inconvenientes cuando la requisitoria escrita del fiscal es acusatoria. Si el perjudicado no se constituyó en actor civil, el fiscal debe introducir motivadamente la pretensión civil (causa de pedir y petición), con la solicitud probatoria que corresponda –el derecho indemnizatorio de la víctima debe ser garantizado en

todo momento–. El órgano jurisdiccional garantizará un debate contradictorio al respecto y en la sentencia, así emita una absolución penal, también debe pronunciarse sobre el objeto civil; no hacerlo importará una vulneración del principio de exhaustividad.

30. No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este Cuerpo de Leyes, unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia. Se reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución –en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho penal y el Derecho Civil– corresponda imponer una reparación civil.

    En la etapa intermedia, en la audiencia preliminar respectiva, será de rigor cuidar que las partes se pronuncien sobre el particular y, en su caso, que se ofrezcan las pruebas que correspondan (pruebas y contrapruebas) –función de saneamiento procesal propia de la etapa intermedia–. Es necesario, como ya se indicó, un pedido expreso de la parte legitimada, un trámite contradictorio y una decisión específica del órgano jurisdiccional sobre el objeto civil, al igual que sobre el objeto penal.

31. La competencia funcional para definir, con la intervención de las partes legitimadas, las bases de la pretensión civil –admisibilidad y procedencia– y la admisión de los medios de prueba corresponden, como es lógico, al Juez de la Investigación Preparatoria en cuanto tiene el señorío de la etapa intermedia. Acto seguido, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil incumbe al Juez Penal en el curso de la audiencia correspondiente. Si el Fiscal introdujo la pretensión penal y la pretensión civil en su acusación el Juez Penal, unipersonal o colegiado, corresponderá decidir al Juez Penal competente según la entidad del delito acusado (confróntese.: artículo 28, numerales 1 y 2, del CPP). Empero, si clausurada la pretensión penal tras el auto de sobreseimiento y, por tanto, admitida y declarada procedente, cuando sea de rigor, la pretensión civil en la etapa intermedia –con la definición de los medios de prueba que deberán actuarse–, es de reiterar que en el acto oral solo se debatirá –actuación probatoria y alegación sobre ella– la pretensión civil –con la intervención como parte demandante del actor civil o, en su

defecto, del Ministerio Público, según correspondiere–. En estos casos la competencia funcional siempre estará a cargo del Juez Penal Unipersonal, que es la pauta seguida en la justicia civil: solo un juez conoce en primera instancia de la pretensión civil.

45. En virtud del principio de legalidad, el plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del CC, según el cual prescriben, salvo disposición diversa de la ley, «a los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico», de ningún modo puede ser considerado un plazo de caducidad. Al ser un plazo de prescripción se produce la interrupción por los actos de la parte agraviada tendientes a conseguir el pago efectivo del monto de la reparación civil de acuerdo a los supuestos de hecho contemplados en el artículo 1996 del CC.

    En ese sentido, en forma peculiarmente esclarecedora, ARIANO DEHO, indica que:

    > "[...] aunque la ley no lo diga, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 1996 el momento de la interrupción coincide, sin solución de continuidad, con el momento del reinicio del decurso prescriptorio. Un "reinicio" que puede sucederse cuantas veces se produzca alguna de las conductas indicadas en los incisos 1 y 2 del artículo 1996, por lo que, en buena cuenta (clarísimo en las relaciones obligatorias) está en las manos de los sujetos de la relación jurídica el que el perfeccionamiento de primera fase del fenómeno prescriptorio (artículo 2002) se prorrogue sucesivamente [...]".

46. Sobre ese tema es indudable que al emitirse una sentencia penal condenatoria y quedar firme (consentida o ejecutoriada), el derecho a solicitar el pago de la reparación civil por la parte agraviada no se canaliza a través de una «acción» en el concepto procesal y común del término jurídico actualmente aceptado (como derecho público subjetivo y abstracto de todo ciudadano para solicitar justicia ante el órgano jurisdiccional); sin embargo, cabe aclarar que, en este caso, dicha palabra tiene, en ese dispositivo, la acepción de *actio judicati*, respecto de la cual explica MANUEL OSORIO que constituye: «[...] la acción derivada del juicio. En el procedimiento formulario, la correspondiente contra el demandado que, luego de la condena

en juicio, no ejecutaba voluntariamente la sentencia del magistrado». Por la misma razón, su naturaleza es determinada legislativamente por razones de orden público.

47. Al respecto, es necesario aclarar que la caducidad del pago de la reparación civil no está regulada en el proceso penal ordinario de 1940 ni en el Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, no puede aplicarse un plazo legal establecido para la prescripción, que admite interrupciones, como uno de caducidad frente a una situación fáctica no prevista legalmente para tal fin.

48. Ahora bien, es evidente que, cuando se trata de la prescripción, no basta el mero vencimiento del plazo legal para que se produzca el efecto extintivo, sino que, para ello, se requiere de la «voluntad» de quien podría favorecerse con ella: «[...] todo evento que manifiesta la vitalidad de la relación jurídica –reconocimiento del derecho ajeno, intimaciones, entre otros– produce el efecto de 'cortar' el plazo desde el momento que llega a conocimiento de la contraparte de la relación jurídica [...]» .

De ahí que, en el caso de la prescripción, sea además necesaria la inacción del titular del derecho; en consecuencia, su interrupción depende de los supuestos contemplados en el artículo 1996 del Código Civil que contempla específicamente los supuestos fácticos para la misma.

III
DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. EJECUCIÓN DE LA PENA

289

§289. Libertad anticipada: Precisiones

Casación	251-2012- LA LIBERTAD
Fecha	26 de setiembre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Tello Gilardi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 401 del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º Considerando

RESUMEN:

La libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citada en la norma y no desarrollada por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos, operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida.

FUNDAMENTOS:

3. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el objeto de análisis para esta Sala suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respeto a la libertad anticipada, regulada en el inciso tres, del articulo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal; debiendo efectuar algunas precisiones de carácter aplicativo, a fin de uniformizar los criterios divergentes de los Magistrados que conforman los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Código Procesal Penal.

1.1. La libertad anticipada.

Que, la el articulo cuatrocientos y uno del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los incidentes de modificación de la sentencia, y en su inciso tres señala: "... Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que debe informar durante el debate...". La misma norma, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios; sin embargo, no existe un tratamiento o desarrollo legal, que regule en qué delitos procede, ni cuáles son los presupuestos y requisitos que permitan al órgano jurisdiccional competente aplicar tal figura jurídica (tampoco se encuentra regulado en el Código Penal, ni en el Código de Ejecución penal).

Sin embargo, la Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, Expediente número cero doscientos guion dos mil nueve guion sesenta y tres y el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Expediente número cinco mil trescientos treinta y nueve guion dos mi siete, guion siete, han declarado procedente la solicitud de libertad anticipada en los siguientes supuestos:

a) cuando el condenado se encuentra próximo a fallecer o con una enfermedad muy grave debidamente acreditado;

b) cuando ha sido revocada la suspensión de la ejecución de la pena de un condenado por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por incumplimiento del pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, el cual tras la revocación de la suspensión de la pena, efectuará el pago de pensiones devengadas y de la reparación civil, como se advierte en el presente caso; y,

c) como consecuencia de la conversión de la pena.

Siendo así, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, pues se desprende del tenor de la norma analizada –inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal– que no existe desarrollo normativo al respecto, toda vez que el legislador no ha regulado los presupuestos materiales, ni ha fijado los parámetros, reglas ni requisitos bajo los cuales el sentenciado deba acceder a la libertad anticipada, limitándose a mencionar tal denominación, sin que la escueta exposición de motivos del Código Procesal Penal, haga alguna mención a ello, no existiendo antecedentes en nuestra legislación al respecto. Asimismo, el artículo ciento dos de la Constitución Política del Estado establece como una atribución del Poder Legislativo: "... *Dar leyes y resoluciones legislativas...*", en tal virtud, las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento, que deben servir como reglas de juego para el desarrollo de un proceso judicial o en ejecución de la sentencia dictada, deben estar claramente establecidas vía la norma jurídica habilitante; siendo labor del órgano judicial efectuar la debido interpretación y aplicación de esta a cada caso concreto: por tanto, si bien el inciso ocho, del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna, señala "...*El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley...*", sin embargo, dicha actuación judicial complementario y de alcance jurídico para las denominados "lagunas del derecho" se podrían superar en tanto, sea factible:

a) la aplicación supletoria de otra norma jurídica o rama del derecho,

b) la interpretación extensiva,

c) la analogía, y/o

d) acudir a otras fuentes del derecho, como lo es la costumbre o los principios generales del derecho; *empero en el caso concreto, la figura de la libertad anticipada, tal como está orientada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal como instituto diferente a los beneficios penitenciarios, no solo carece de correlación legislativa con otras legislaciones, internacionales, sino que tampoco lo tiene con otras ramas del derecho específicas; asimismo, realizar otra interpretación extensiva o por analogía de dicha figura conllevaría a colisionar con otros mecanismos debidamente normados y regulados* (como vendría a ser la conversión de la pena, beneficios penitenciarios e inclusive el indulto humanitario), y, finalmente, estando a la naturaleza y consecuencia que acarrearía su aplicación sería riesgoso que se limite a la costumbre o a otros principios generales del derecho su vigencia, dado que ello podría desnaturalizar y desbordar los alcances que el legislador ha querido estipular para su

aplicación; en tales condiciones no es factible –tarea del juzgador– crear procedimientos legales ni realizar una aplicación subjetiva de normas inexistentes, cuando ello colisiona con la interpretación sistemática que de un cuerpo normativo se deba realizar, generando un desorden y confusión de índole jurídico aplicativo, que pondría en serio riesgo la uniformidad y congruencia de un cuerpo normativo, generando decisiones judiciales de libertad anticipada en forma no regulada, abierta e indiscriminada; vulnerándose así el principio de legalidad previsto en el artículo dos del Título Preliminar del Código Penal. De igual forma, implica un impacto social negativo, pues desnaturaliza su finalidad –en efecto, no podría construirse jurídicamente su afirmación, en los casos en que su incoación, se encuentre antecedida del cumplimiento tardío de una obligación, pues con ello se estaría fomentando una cultura de cumplimiento de la obligación (básicamente alimentaria) solo como última solución para el condenado, a fin que recupere en ese modo su libertad ambulatoria–; ya que el Juzgador en virtud a una interpretación eminentemente subjetiva y amplia, desconoce la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado en la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guion dos mil once, que estableció; "*...al no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el Juez lo otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar respuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que ella debe ser realizada por el Poder Legislativo, por lo que, no procede su aplicación en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos a! principio de legalidad, de cosa juzgada y de tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d) y el articulo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente*"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue.

290

§290. Control judicial en la Ejecución de la pena

Casación	118-2010-CUSCO
Fecha	05 de mayo del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 2°.24.d) y 139°.3 de la Const. Y arts. 28°, 29°.4, 488°, 489° y 491° del NCPP.

RESUMEN:

El cumplimiento de la ejecución de la pena ***está bajo control judicial****. 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, establecida en la sentencia firme que se erige en el título de ejecución –dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-.*

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.***

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

SEGUNDO: Que al respecto es del caso indicar que 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 dos 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-. Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva

(artículo ciento treinta y nueve, 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, establecida en la sentencia firme que se erige en el 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.

TERCERO: Que, como regla general, conforme al artículo veintinueve, apartado cuatro 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 cuatroscienos ochenta y nueve del acotado Código, que impone al citado Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales.

Debe señalarse que del mismo modo normativamente se ha previsto que los Juzgados Penales, sean Unipersonales o Colegiados, tienen a su cargo decisiones que conciernen a la ejecución de sentencia, conforme se puede verificar del tenor del artículo veintiocho, apartado cuatro y cinco, del nuevo Código Procesal Penal, concordante con el artículo cuatrocientos noventa y uno, apartado cuatro y cinco, del indicado Estatuto Procesal. Por otro lado, el artículo cuatrocientos ochenta y ocho 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 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 formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueran 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 noventa y cinco, inciso ocho y nueve-. 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.

291

§291. Control y ejecución de la sentencia penal

Casación	120-2010-CUSCO
Fecha	05 de mayo del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29.4°, 488° y 489° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4°, 5° y 6°

RESUMEN:

El Fiscal como 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 al Juez de la Investigación Preparatoria.

La diferencia entre "control" y "ejecución" debe entenderse, en el primer caso, como comprobar el cumplimiento de las sanciones penales, fiscalizar las mismas e intervenir para exigir su cumplimiento total; en cambio, cuando se hace referencia a la "ejecución" de la sanción penal, significa llevar a la práctica o realizar una orden, cumplir una orden en virtud del mandado judicial.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, conforme se ha sostenido en la resolución que declara bien concedido el recurso de casación excepcional interpuso por el Fiscal al señalar en su considerando sétimo que sobre el particular existe una sentencia casatoria que interpretó y esclareció esta controversia, esto es, ¿quién se encarga del control y quién de la ejecución de la sentencia?; en tal sentido, se citó como regla general el artículo veintinueve, apartado cuarto del nuevo Código Procesal Penal, que

dispone, '...que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo cuatrocientos ochenta y nueve del citado código, que impone al Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales.

QUINTO: Que, en el mismo sentido, el argumento sostenido por la Sala Penal de Apelaciones del Cusco, referido, a que según su criterio emerge una nueva aplicación con el nuevo Código Procesal Penal al surgir un cambio estructural en las formas y prácticas del proceso penal ordinario, que tal apreciación también ha sido dilucidada en la sentencia casatoria número setenta y nueve – dos mil nueve, del diecisiete de septiembre de dos mil diez, emitida por la Sala Penal Permanente, en la que se señaló "...el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal reconoce 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 corresponden a 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 formulando 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, tienen injerencia para instar –pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley ...".

SEXTO: Que, la diferencia subsiste entre los términos de control y ejecución al que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del Código Procesal Penal, debe entenderse, en el primer caso, como comprobar el cumplimiento de las sanciones penales, fiscalizar las mismas e intervenir para exigir su cumplimiento total; contrariamente a ello, cuando se hace referencia a la 'ejecución' de la sanción penal, significa llevar a la práctica o realizar una orden, cumplir una orden en virtud del mandado judicial; por lo tanto, es esta y no otra la interpretación que se debe brindar a los términos en comentario, no existiendo ninguna variación en el órgano encargado de la ejecución de sentencia como erróneamente lo menciona la Sala Penal de Apelaciones de Cusco al sostener que ahora, en el nuevo Código Procesal Penal correspondería al Ministerio Público ser el órgano donde debería comparecer el sentenciado a justificar sus actividades y firma el libro respectivo de control".

292

§292. Suspensión de ejecución de la pena

Recurso de Nulidad	3037-2015- LIMA
Fecha	05 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del TP y 57° del CP.

RESUMEN:

La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios. . Siempre que se cumplan las requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: La pena tiene par función, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la resocialización del sentenciado, lo cual es aplicación directa del inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

SEXTO: La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar las efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios. Siempre que se cumplan las requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal:

i) La pena impuesta no sea mayor de cuatro años.

ii) La naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito.

iii) No tenga calidad de reincidente ni habitual.

SÉPTIMO: En el presente caso la pena impuesta es de tres años. Asimismo, no tiene calidad de reincidente ni habitual, por lo que se cumplen estos requisitos.

Octavo: En cuanto al segundo requisito, se debe justificar explícitamente la probabilidad de no reiteración delictiva, teniendo en cuenta:

i) La naturaleza y modalidad del hecho punible: el bien jurídico vulnerado, la gravedad el injusto.

ii) La personalidad del agente: el comportamiento procesal, la vida previa, antecedentes, actitud frente al trabajo, condiciones familiares, arrepentimiento y reparación del daño causado por parte del sentenciado.

NOVENO: Sobre el primer requisito, la afectación a la correcta administración pública consistió en que como Secretario de Juzgado de Paz Letrado, solicitó doscientos nuevos soles para influir en un embargo a favor de la demandante en un proceso de alimentos.

DÉCIMO: Sobre el segundo aspecto, debe valorarse que es agente primario, trabajó como auxiliar jurisdiccional, sin conocerse que haya estado implicado en situaciones similares, antes de su ingreso al penal laboraba como abogado particular, como se ve de los acompañados de su recurso y tiene hijos menores. Si bien tenía la condición de reo contumaz, debe valorarse que se acogió a la conformidad. Además, fue recluido el veintisiete de mayo de dos mil cinco hasta el dieciséis de septiembre del mismo año, es decir, tres meses y once días, siendo recluido nuevamente el once de septiembre de dos mil quince a la fecha, es decir, seis meses y veinticinco días.

DÉCIMO PRIMERO: Estando a que todos los presupuestos del artículo cincuenta y siete se cumplen y sobre todo que es un agente primario al que debe evitarse los efectos criminógenos de la cárcel, corresponde variar la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. BENEFICIOS PENITENCIARIOS

293

§293. Beneficios Penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo

Acuerdo Plenario	2-2015/CIJ-116.
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro y Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. XIII C.E.P.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 11° y 13° al 17°

RESUMEN:

Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, ***aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente****. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal- se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.*

FUNDAMENTOS:

12º. Recuérdese que las consecuencias de una relación jurídica, entendida, en palabras de Rubio Correa, como las diversas vinculaciones que existen entre dos o más situaciones jurídicas –atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho– interrelacionadas (así, por ejemplo, entre el penado y el Estado), son regidas desde la entrada en vigencia por la nueva ley. Es claro, además, que la situación o relación jurídica en sí misma –la condición de penado del interno, de un lado, y el régimen y el tratamiento penitenciario, que le corresponde constitucional y legalmente, de otro lado– no son alteradas por la norma; sino solo sus consecuencias *[RUBIO CORREA, MARCIAL: Aplicación de la norma jurídica en el tiempo, Segunda edición aumentada, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 34]*. Desde esta perspectiva, las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme –se rige por la ley vigente en ese momento–; luego, las consecuencias que de ellas se derivan, como regla básica del Ordenamiento, solo podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica. Salvo, claro está, en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia –regulará situaciones del pasado, siempre que sea más conveniente–.

Sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo. Factor de aplicación.

Criterio general. Normas penitenciarias

14º. Es pertinente insistir, como criterio general, que el Derecho de Ejecución Penal, en tanto sector del Ordenamiento Jurídico, vinculado siempre al sistema penal, está integrado, a diferencia de los otros dos sectores que lo conforman: penal material y procesal penal, por dos clases de normas: materiales y procesales, ya sea que determinen, como postula De La Oliva, el qué de la decisión –en el primer caso– o el sí y el cómo de ella –en el segundo caso– *[Derecho Procesal - Introducción, Segunda Edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 118]*. Es indudable que si las normas modifican los presupuestos legales de los beneficios

penitenciarios: tiempo de privación efectiva de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, –que es el elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal *[Asencio Mellado, José María: Introducción al Derecho Procesal, Cuarta Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 27]* –.

15°. Es evidente, entonces, según se tiene expuesto, que ante la ausencia de una norma transitoria, que ha sido el caso de las leyes dictadas hasta antes de la dación de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015-circunscriptas a las leyes que ellas mismas indican–, el *tempus regit actum* para leyes materiales de ejecución penal se entenderá, en cuanto factor temporal de aplicación –elemento o dato asumido como referencia–, el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción, vale decir, cuando la sentencia condenatoria adquiere firmeza, salvo el criterio universal de favorabilidad en fase de ejecución material; y, para leyes procesales de ejecución penal, será el vigente al momento de la realización del acto procesal: solicitud del beneficio penitenciario – momento de nacimiento del proceso o, en su caso, incidente, de ejecución penal–.

Nuevas normas penitenciarias

18°. Afirmar legalmente, bajo la expedición de precisas normas transitorias, los cánones en que se definirá el factor de aplicación temporal de una específica ley penitenciaria –de competencia legítima del Congreso–, en nada afecta otra consideración jurídico-constitucional, esta vez referida a la retroactividad o a la ultra actividad benigna de toda ley de ejecución penal. Las normas mencionadas en los parágrafos 6° *in fine a* 8°, necesariamente, de efectuarse otras modificaciones con posterioridad a ellas más favorables al penado, imponen la aplicación de estas últimas normas.

19°. Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento

penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal- se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal

20°. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia –si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas ya mencionadas– que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

23°. Es pertinente aclarar que la "igualdad ante la ley" es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique. En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria –los penados, específicamente– respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios –la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°.22 C.)–, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos.

294

§294. Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada

Acuerdo Plenario	8-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre de 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 46°, 47°, 48° y 53° CEP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8° al 16°

RESUMEN:

*La **prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional**, ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional para el caso de **delitos de especial gravedad y trascendencia social**. En estos casos se incrementa la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto de la redención. Estas medidas político criminales se reflejan en la Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores, Ley N° 29423, sobre delitos de terrorismo y la Ley N° 29604, sobre reincidencia y habitualidad.*

Los beneficios penitenciarios –de conformidad con lo señalado en la Circular N° 297-2011-P-PJ- no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario progresivo que rige en nuestro país, y para su concesión es necesaria la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos. Entre estos últimos destaca la prognosis favorable de conducta futura, que excluya el riesgo de reiteración delictiva. La información contenida en el expediente administrativo del condenado no es vinculante para el juez; si concediera el beneficio deberá señalar las reglas de conducta que deberá

acatar el condenado durante el periodo restante de la pena impuesta que cumplirá en libertad. Excepcionalmente el juez puede conceder permisos de salida al extranjero por estancias cortas justificadas, cuando éste se encuentre en el régimen de liberación condicional.

***La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de reserva de la ley**, del mismo modo que cualquier modificación a la regulación de estos beneficios Las normas que tratan sobre éstos, son de derecho material, por lo que esta institución deberá regirse por la ley vigente al momento del inicio de la ejecución material de la sanción penal –a partir de sentencia firme condenatoria-, salvo casos de aplicación en favor del reo. Las reglas de aplicación temporal establecidas por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el expediente N° 2198-2009-PHC/TC-UCAYALI, del 31 de agosto del 2009, rigen sólo para las normas de ejecución penal de carácter procesal, para las cuales es válido el principio de aplicación inmediata –tempus regit actum-, bajo cuyo amparo será de aplicación la ley de carácter procesal (de ejecución penal) vigente al momento de la solicitud del beneficio penitenciario.*

FUNDAMENTOS:

"**Antecedentes:**

6°. El desarrollo de modalidades violentas y graves de criminalidad organizada ha generado decisiones sucesivas de sobrecriminalización de determinados delitos. Éstas han incluido la prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Cabe recordar que esta prohibición ha sido tolerada por el Tribunal Constitucional, en la medida que se trate de delitos de especial gravedad y trascendencia social, con lo que -es pertinente anotar en clave de principios- se pone un mayor acento, ciertamente opinable, en la prevención general respecto de la prevención especial –en la que contemporáneamente prima la idea de la reinserción social y constituye un mandamiento del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, aunque sin desconocer el principio de prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad-, de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende a una ejecución no desocializadora de las mismas –esto es lo que se ha denominado "concepto constructivo de ejecución de sentencias penales"-.

Asimismo, en relación con la redención de penas por el trabajo y la educación, tales decisiones de política criminal, que intensifican la sanción de un hecho punible, se han expresado a través de incrementos porcentuales de la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto redentivo sobre la pena privativa de libertad en ejecución.

Ejemplo de esta opción político criminal las siguientes Leyes:

A. Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores;

B. Ley N° 29423, que derogó el Decreto Legislativo N° 927 que regula la ejecución penal en materia de terrorismo -el artículo 2° de dicha Ley establece que los condenados por delitos de terrorismo y/o traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional-;

C. La Ley N° 29604, que modificó los artículos 46°-A y 46°-B del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad.

Igualmente son de considerar en esa misma línea los regímenes especiales que considera el propio Código de Ejecución Penal en sus artículos 46°, 47°, 48° y 53°.

7°. Ahora bien, lo sucesivo, parcial y disperso de prescripciones legales de tales características, ha generado problemas hermenéuticos y una pluralidad de enfoques en la doctrina y en la praxis jurisdiccional sobre sus presupuestos, requisitos y límites [GERMÁN SMALL ARANA: *Beneficios Penitenciarios en el Perú*. En: Código de Ejecución Penal, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 2010, p. 511]. Por tanto, es oportuno plantear criterios vinculantes que posibiliten un tratamiento homogéneo y predecible en torno a la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, de tal suerte que "... *la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no compatibles con aquella*" [Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sección Primera, N° 1076/2009, del 29 de octubre de 2009].

Criterios Generales para la concesión de Beneficios Penitenciarios en Delitos de Terrorismo y Criminalidad Organizada:

8°. En primer lugar, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba -estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta-. En su propia configuración confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta- puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del Juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

El juicio de probabilidad que se exige una es dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal.

Así las cosas, su concesión es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta –que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PILAR PEITEADO MARISCAL: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 591]-, así como una prognosis favorable de conducta futura. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que éstas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede variar es su propio

comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. *Comentario al artículo 82° del Código Penal.* En: AAVV: Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996].

Esta última demanda del juez requiere de un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista-, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol.

En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es vital tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquéllas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal.

9°. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional –jurídicamente vinculado- para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba –pericias incluidas- útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

10°. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no trasmite la idea de que por ello no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [CARLOS GARCÍA VALDEZ: *Sobre la Libertad Condicional: dos o tres propuestas de reforma*. En: AAVV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p.1071].

Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura -régimen de prueba-, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta -liberación condicional- o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio -semilibertad-.

Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a éstas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es importantísima la adecuada diligencia del Juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana.

11°. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53° del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento.

Liberación Condicional y Permisos Especiales para estancias en el extranjero:

12°. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el Juez tiene la potestad –ciertamente limitada, sujeta a una prognosis de no huida y de factibilidad del control

en el extranjero- de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional –tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera-. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite.

En estos casos, ciertamente extraordinarios, el Juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá:

a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal -en aplicación de convenios internacionales o de compromisos de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados- que posibiliten el control en el país extranjero de destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad);

b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.

Resulta necesario y recomendable que los Jueces agoten estos trámites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes.

13°. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el Juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia y habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues,

hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos[200].

Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios:

14°. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición normas penales –materiales, procesales y de ejecución- con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, sólo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado –delitos graves específicos- o a la calidades del autor o partícipe del delito -reincidencia o habitualidad-, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

15°. Igualmente, corresponde en exclusividad a una norma legal taxativa identificar las variantes que se aplicaran para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento[201].

Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se está ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario, "*...al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada...*", sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la

---

[200] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N° 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los Fundamentos Jurídicos 12° y 13° deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

[201] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo N° 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifica el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 14° y 15°.

propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, "*...al delimitar acabadamente a conducta la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso –reconociéndoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior-*", permiten reiterar su evidente su naturaleza material [JUAN MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la sanción penal, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atento al principio diferencial, la finalidad del preso preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [JAVIER NISTAL BURÓN: *El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción*. En: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, p. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia.

Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [CARMEN JUANATEY DORADO: *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal*. En: Estudios Monográficos. Editorial La Ley, p. 28-29].

En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal –como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del Juez en la ejecución de las sanciones penales-, sin que ello signifique la íntima conexión con ambos derechos –que JESCHECK ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal- [CARMEN JUANATEY DORADO: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 20][202].

16°. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2198-2009-PHC/TC- UCAYALI, del 31 de agosto de 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el. Tal decisión, como es evidente, sólo rige para las leyes procesales de ejecución –la doctrina procesalista, en este punto, es conteste-, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación –el *dies a quo*- será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del beneficio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incida en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución.

Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho penal las nociones de merecimiento de pena, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de necesidad social de penas, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales post delito." (Sic.)

---

[202] El Derecho de Ejecución Penal, como insiste FRANCESCO SIRACUSA, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [En: ABEL TELLEZ AGUILERA: Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario. Revista de Estudios Penitenciarios, Número 255/2011, Madrid, p. 28]. Por su parte GIOVANNI NOVELLI lo definió como "el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución" (subrayado nuestro). [En: ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: Política penal y Política Penitenciaria. Cuaderno Número 8. PUCP. Septiembre 2008, p. 4].

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Servicios Gráficos JMD S.R.L.
Situado en Av. José Gálvez 1549, Lince, Lima
RUC 20264755469
Noviembre, 2019