

**JURISPRUDENCIA PENAL,
PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL
VINCULANTE Y RELEVANTE
(2004-2013)**

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

MIGUEL PÉREZ ARROYO

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

PROFESOR PRINCIPAL DE LA PUCP.
MAGISTRADO SUPREMO DEL PODER JUDICIAL.
DOCTOR EN DERECHO.

MIGUEL PÉREZ ARROYO

PRESIDENTE DEL INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES.
EX MAGISTRADO 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 (2004-2013)

COORDINACIÓN

RENZO RIEGA CAYETANO

INVESTIGADORES

ANNY REYES LAUREL

ELISA NALVARTE MENDOZA

YOSSELIN CANAL QUISPE

INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y
CIENCIAS PENALES CENTRO DE EDUCACIÓN CONTINUA



Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
Centro de Educación Continua

Fondo Editorial



© **CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

© **MIGUEL PÉREZ ARROYO**

JURISPRUDENCIA PENAL, PROCESAL PENAL
Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE
Y RELEVANTE (2004-2013)

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**

Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú

Teléfonos: 427-6688 / 428-1072

Telefax: 426-6303

Edición: Noviembre 2014

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N° : 2014-06740

ISBN: 978-612-4184-34-5

Composición, diagramación y

diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

LISTA DE 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 GENERAL

LISTA DE ABREVIATURAS	7
ESTUDIO INTRODUCTORIO Y PRESENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE	21
PRESENTACIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR	31

I DERECHO PENAL

A PARTE GENERAL

1. DEL HECHO PUNIBLE. BASES DE LA PUNIBILIDAD	
§1. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 367-2011-LAMBAYEQUE, del 15.07.13	
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.	45
§2. ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116, del 13.11.09	
Las rondas campesinas y el derecho penal.	59
2. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL	
§3. ACUERDO PLENARIO N° 2-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las Leyes, pudiendo escogerse la más favorable al reo.	73

§4. R.N. N° 1920-2006-PIURA, del 08.08.06	
Jurisprudencia vinculante no significa modificación legal y no es de aplicación retroactiva	77
§5. R.N. N° 1500-2006-PIURA, del 17.07.06	
Retroactividad benigna de la Ley penal y cambio de la doctrina jurisprudencial	79
§6. SENTENCIA PLENARIA N° 2-2005/DJ-301-A, del 30.09.05	
Sustitución de penas por retroactividad benigna	81
3. DE LAS PENAS	
i. CLASES DE PENAS	
§7. ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116, del 13.11.09	
La ejecución de la pena de inhabilitación y el recurso impugnatorio	87
§8. ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116, del 18.07.08	
La pena de inhabilitación... ..	93
ii. DETERMINACIÓN DE LA PENA	
§9. ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116, del 16.11.10	
Determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel... ..	105
§10. ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116, del 13.11.09	
Determinación de la pena y concurso real de delitos.	109
§11. ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116, del 18.07.08	
Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena... ..	123
§12. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE	
N° 2860-2006-ANCASH, del 25.06.07	
Determinación de la pena máximo en leyes penales que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada... ..	131
§13. R.N. N° 367-2004-SANTA, del 23.02.05	
Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación	135
iii. REFUNDICIÓN DE PENAS	
§14. R.N. N° 4052-2004-AYACUCHO, del 10.02.05	
Refundición de penas en concurso real retrospectivo... ..	139
iv. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	
§15. R.N. N° 2476-2005-LAMBAYEQUE, del 20.04.06	
Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada	141

ÍNDICE GENERAL

4. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA	
§16. ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116, del 26.03.12	
Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal del 2004	145
§17. ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Nuevos alcances de la prescripción con referencia a la intervención del extraneus.	151
§18. ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116, del 16.11.10	
Prescripción: problemas actuales.	157
§19. ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116, del 13.11.09	
La prescripción de la acción penal en el art. 46ª-A y el art. 49ª del código penal.	171
§20. ACUERDO PLENARIO N° 6-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.	181
§21. ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad.	185
5. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	
§22. R.N. N° 104-2005-AYACUCHO, del 16.03.05	
Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación	187
6. DE LA REPARACIÓN CIVIL	
§23. ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Reparación civil y delitos de peligro.	189
7. CONSECUENCIAS ACCESORIAS	
§24. ACUERDO PLENARIO N° 7-2009/CJ-116, del 13.11.09	
Las Personas Jurídicas y consecuencias accesorias.	193
8. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO	
§25. R.N. N° 3332-2004-JUNÍN, del 27.05.05	
Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio	207

B
PARTE ESPECIAL

9. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA	
§26. ACUERDO PLENARIO N° 3-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información..	213
10. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL	
§27. ACUERDO PLENARIO N° 1-2012/CJ-116, del 26.03.12	
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.	221
§28. ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias y penalidad..	239
§29. ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116, del 18.07.08	
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.	247
§30. ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor..	253
§31. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 148-2010-MOQUEGUA, del 03.07.12	
Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.	257
§32. R.N. N° 1628-2004-ICA, del 21.01.05	
Naturaleza y características del elemento típico “engaño” en el delito de seducción..	259
11. HURTO	
§33. ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Delito de hurto.	261
12. ROBO	
§34. ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116, del 13.11.09	
El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo.	267

ÍNDICE GENERAL

§35. ACUERDO PLENARIO N° 8-2007/CJ-116, del 16.11.07	
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.....	275
§36. SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, del 30.09.05	
Momento de la consumación en el delito de robo..	279
§37. R.N. N° 3932-2004-AMAZONAS, del 17.02.05	
Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión.	283
13. DESAPARICIÓN FORZADA	
§38. ACUERDO PLENARIO N° 9-2009/CJ-116, del 13.11.09	
El delito de la desaparición forzada..	285
14. LAVADO DE ACTIVOS	
§39. ACUERDO PLENARIO N° 3- 2010/CJ-116, del 16.11.10	
Delito de lavado de activos.	299
§40. ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.	329
15. APROPIACIÓN ILÍCITA	
§41. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 0301-2011-LAMBAYEQUE, del 04.10.12	
Configuración del delito de Apropiación Ilícita.	339
16. DELITOS TRIBUTARIOS	
§42. ACUERDO PLENARIO N° 2-2009/CJ-116, del 13.11.09	
La Regularización Tributaria.	345
17. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	
§43. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 126-2012-CAJAMARCA, del 13.06.13	
Alcances interpretativas de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP.	353
§44. ACUERDO PLENARIO N° 3-2008/ CJ – 116, del 18.07.08	
Delito de TID, Correo de drogas, y su agravante.....	365
§45. ACUERDO PLENARIO N° 3-2005/CJ-116, del 30.09.05	
Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de interpretación.	371

§46. R.N. N° 352-2005-CALLAO, del 16.03.05	
Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID	373
18. PECULADO	
§47. R. N. N° 4500 – 2005 - JUNÍN, del 06.09.07	
Estructura típica del delito de peculado culposo....	375
§48. R.N. N° 2212-2004-LAMBAYEQUE, del 13.01.06	
Diferencia entre los delitos de Peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad....	377
§49. ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116, del 30.09.05	
Delito de Peculado. Definición y acción típica. ...	379
19. OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES	
§50. R.N. N° 496-2006-AREQUIPA, del 16.07.06	
Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público. ...	383
20. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR	
§51. ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Excepción de Cosa Juzgada en los delitos de Asociación Ilícita para delinquir ...	385
21. TERRORISMO	
§52. CONSULTA N° 126 -2004 – LIMA, del 20.12.04	
Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal... ..	389
§53. R.N. N° 3048-2004-LIMA, del 21.12.04	
Interpretación del delito de Terrorismo... ..	393
§54. R.N. N° 1062-2004-LIMA, del 22.12.04	
Colaboración terrorista: El acto médico como causal de atipicidad	395

II

DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES

i. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

§55. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 03-2007-HUAURA, del 07.11.07	
Presunción de inocencia y motivación de sentencias. ...	403

ÍNDICE GENERAL

ii. DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES	
§56. ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Motivación escrita de resoluciones...	409
iii. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE	
§57. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 54-2009-LA LIBERTAD, del 20.06.10	
La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones.	419
iv. DERECHO DE DEFENSA	
§58. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 281-2011-MOQUEGUA, del 16.08.12	
Contenido del Derecho a la defensa y el Derecho a la prueba en el proceso penal...	423
§59. R.N. N° 956-2011- UCAYALI, del 21.03.12	
Alcances del Principio de Imputación necesaria.	435
v. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL	
§60. SENTENCIA PLENARIA N° 01-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13	
Determinación del plazo del acto de fundamentación del Recurso de Nulidad	439
§61. R.N N° 302-2012 HUANCVELICA, del 08.07.13	
Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de nulidad.	453
§62. ACUERDO PLENARIO N° 5-2007/CJ-116, del 16.11.07	
La <i>non reformatio in peius</i> y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena.	461
§63. R.N. N° 798-2005-ICA, del 22.08.05	
Inmutabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de nulidad.	465
§64. R.N. N° 1004-2005-HUANCVELICA, del 25.05.05	
Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación.	467
vi. DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL	
§65. ACUERDO PLENARIO N° 1-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13	
Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio.	471
§66. ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116, del 26.03.12	
Audiencia de Tutela e imputación suficiente.	477

§67. ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116, del 16.11.10	
Audiencia de Tutela.	483
§68. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 01-2007-HUAURA, del 17.05.07	
Admisibilidad del Recurso de Casación: errónea interpretación de la Ley Penal y defecto de logicidad.	493
vii. DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	
§69. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 171-2011-LIMA, del 16.08.12	
Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia.	497
viii. PRINCIPIO A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN	
§70. ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo	501
ix. PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM	
§71. R.N. N° 2090-2005-LAMBAYEQUE, del 07.06.06	
Ne bis in ídem material.	505
x. PRINCIPIO ACUSATORIO	
§72. QUEJA N° 1678-2006-LIMA, del 13.04.07	
Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal.	507
xi. JUEZ LEGAL	
§73. R.N. N° 2448-2005-LIMA, del 12.09.05.	
Juez legal. Criterios para la fijación de competencia.	511
2. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL	
§74. ACUERDO PLENARIO N° 4-2012/CJ-116, del 24.01.13	
Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos.	515
§75. ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.	519
3. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA	
§76. ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Cuestión previa e identificación del imputado.	527
4. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	
§77. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 144-2011-ANCASH, del 11.07.13	

ÍNDICE GENERAL

Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas..	531
§78. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 66-2010-ICA, del 26.04.11	
Control de plazo de las diligencias preliminares.	533
§79. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 02-2008-LA LIBERTAD, del 03.06.08	
Los plazos de la investigación preparatoria.	537
5. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	
§80. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 45-2012-CUSCO, del 13.08.13	
El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado.	539
§81. ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/CJ-116, del 17.03.13	
La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura.	543
§82. ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116, del 16.11.10	
Incautación.	551
6. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL	
§83. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 328-2012-ICA, del 17.10.13	
El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso..	559
§84. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 391-2011-PIURA, del 18.06.11	
Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia.	563
§85. R.N. N° 4216-2009-LIMA, del 25.04.11 (VINC)	
Vigencia de la Ley N° 29499 respecto de los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención.	565
7. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL	
§86. ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. ..	569
§87. ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Valor probatorio de la pericia no ratificada.	587
§88 R.N. N° 1768-2006-LORETO, del 12.07.06	
Límites a la actuación de la prueba en los juicios a reos ausentes...	591

§89 ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116, del 30.09.05	
Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado	593
§90. R.N. N° 1912-2005-PIURA, del 06.09.05	
Prueba indiciaria y presunción de inocencia.	597
§91. R.N. N° 3044-2004-LIMA, del 01.12.04	
Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso, y la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista. . . .	599
8. AUDIENCIAS PREVIAS	
§92. ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116, del 13.11.09	
El Control de la Acusación Fiscal.	603
9. DEL JUICIO ORAL	
§93. ACUERDO PLENARIO N° 5-2012/CJ-116, del 29.01.13	
La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral. . . .	611
§94. R.N. N° 4040-2011-LIMA, del 29.11.12	
Inconcurencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral.	615
§95. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 159-2011- HUAURA, del 22.05.12	
Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito.	619
§96. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116, del 18.07.08	
Conclusión anticipada. La conformidad.	621
§97. ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116, del 16.11.07	
Desvinculación procesal.	639
§98. ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116, del 13.10.06	
Declaración de Contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presu- puestos materiales.	645
§99. R.N. N° 1450-2005-LIMA, del 31.08.05	
Desvinculación de la acusación: modificación de la calificación penal en el delito de colaboración terrorista.	653
§100. R.N. N° 2206-2005-AYACUCHO, del 12.07.05	
Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos.	655
§101. R.N. N° 1766-2004-CALLAO, del 21.09.04	
Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpre- tación de los artículos 1°-5° de la Ley N° 28122.	657

ÍNDICE GENERAL

10. AUDIENCIA DE APELACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL	
§102. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 195-2012-MOQUEGUA, del 05.09.12	
La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el Juicio de Apelación.	661
§103. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 183-2011-HUAURA, del 05.09.12	
Obligatoriedad de la asistencia del imputado a la Audiencia de apelación.	667
11. PROCESOS ESPECIALES	
§104. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 63-2011-HUAURA, del 24.04.12	
Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.	673
§105 ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116, del 16.11.10	
Acusación Directa y proceso inmediato.	679
§106 ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116, del 13.11.09	
La Terminación Anticipada del proceso penal.	689
12. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN	
§107. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 437-2012-SAN MARTÍN, del 19.09.13	
Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria.	699

III DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. BENEFICIOS PENITENCIARIOS	
§108. ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116, del 06.12.11	
Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada ..	707
2. CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA.	
§109. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 118-2010-CUSCO, del 05.05.11	
Control judicial en la Ejecución de la pena.	719
§110. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 120-2010-CUSCO, del 05.05.11	
Control y ejecución de la sentencia penal.	723
ÍNDICE ANALÍTICO	727

ESTUDIO INTRODUCTORIO Y PRESENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

*Profesor Principal De Derecho Procesal Penal de
La Pontificia Universidad Católica del Perú*

El libro comprende 53 Acuerdos Plenarios de los años 2004 hasta el 2013 y 3 Sentencias Plenarias, 2 del año 2005 y 1 del año 2013. Además, contiene Ejecutorias emitidas por el Tribunal Supremo: 28 recursos de nulidad, 1 queja, 1 consulta y 24 casaciones. Todas ellas contienen un resumen y los fundamentos de derecho por cada Acuerdo Plenario, Sentencia Plenaria o Ejecutoria Suprema.

La selección de Ejecutorias Supremas, así como Acuerdos Plenarios y Sentencias Plenarias que se presenta a toda la comunidad jurídica, interpreta normas jurídicas del sistema penal, procesal penal y de ejecución penal. A su vez, contiene aspectos problemáticos resueltos en Acuerdos y Sentencias Plenarias, en un caso concreto. Desde esa perspectiva, el libro incorpora Ejecutorias vinculantes como no vinculantes. Es de destacar como un dato relevante que todas contienen los fundamentos de derecho, así como un resumen sobre los temas a tratar. En esta línea la obra se encuentra dividida en 3 grandes partes: 1) Derecho Penal, que tiene una parte general y parte especial. La primera se subdivide en lo referido al hecho punible, las bases de la punibilidad, aplicación

temporal de la Ley Penal, de las penas, extinción de la acción penal y de la pena, de las medidas de seguridad, reparación civil, consecuencias accesorias, reserva del fallo condenatorio. La segunda parte se divide en delitos contra el honor, violación sexual de la libertad sexual, hurto, robo, desaparición forzada, lavado de activos, apropiación ilícita, delitos tributarios, tráfico ilícito de drogas, peculado, omisión o retardo de actos funcionales, asociación ilícita para delinquir y terrorismo; 2) Derecho Procesal penal, que se divide en garantías procesales, derecho a la motivación de las resoluciones, derecho de defensa –tanto en el Código de Procedimientos Penales como en el nuevo Código Procesal penal–, derecho a la gratuidad en la Administración de Justicia, principio al juez legal, recusación, principio del *ne bin in ídem*, principio acusatorio, de la justicia y de las penas, parte civil, medios técnicos de defensa, investigación preparatoria, búsqueda de pruebas y restricción de derechos, medidas de coerción procesal, actividad probatoria en el proceso penal, audiencias previas, del juicio oral, audiencias de apelación en el nuevo proceso penal, procesos especiales y mecanismos alternativos de solución penal; y 3) Derecho de ejecución penal, en el que se toma en consideración los beneficios penitenciarios así como el control judicial en la ejecución de la pena.

En la Parte General se tratan diversos temas, como se mencionó con anterioridad. El primero es el tema del hecho punible -bases de la punibilidad- y en este punto se examina lo concerniente a las rondas campesinas y el Derecho Penal, ocasión en que se considera a las rondas campesinas como parte de un sistema comunal propio -debido a que la Constitución así lo reconoce- que puede resolver sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones; sin embargo, deben cumplir los siguientes elementos: A) Humano, B) Orgánico, C) Normativo y C) Geográfico. Si ello no es así, la justicia ordinaria determinará si la conducta atribuida se produjo en el marco de control penal comunal rondero. En este caso, el juez -para determinar la pena- deberá establecer si la conducta es atípica, concurre una causa de justificación o media influencia en factores culturales. Al graduar la pena el juez deberá considerar el principio de adecuación de las medidas de reacción social.

Con relación a la aplicación temporal de la Ley Penal, se resalta el principio de combinación, que se considera un proceso de integración de normas más favorables al reo, concordante con el principio de necesidad

de la intervención penal; asimismo, una sentencia firme solo puede ser modificada por cambios normativos más favorables al encausado, en cuyo caso también se puede disminuir la pena por imperio de una nueva ley. Por otro lado, un cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo debido que la nueva interpretación es un correcto reconocimiento de la Ley. Con respecto a las penas, se toma en cuenta a la pena de inhabilitación; en la que se resalta que en el ACPP, no será requisito previo para su ejecución la existencia de condena firme, contrario a lo que se estipula en el NCPP, respecto a los casos de penas de multa y limitativas de derechos. Es de precisar que la pena de inhabilitación está relacionada con el delito cometido por el penado, por tanto, si el fiscal omite solicitar la pena de inhabilitación principal, es imposible dejar de aplicarlas; ergo, distinto es el caso en la inhabilitación accesoria.

Otro punto que se aborda en el libro es acerca de la determinación de la pena, en el que se hace mención a las circunstancias agravantes específicas de diferentes grados o niveles, en cuyo caso se considerará que la circunstancia que tenga un mayor grado absorberá la eficacia agravante de las de grado inferior. Otro tema es que en el caso de concurso real de delitos debe aplicarse el principio de acumulación. Nuestra legislación, a su vez, regula el concurso real retrospectivo y lo define como aquellos delitos que no fueron juzgados simultáneamente en un único proceso penal. Institución polémica es la figura de la reincidencia y la habitualidad en nuestra legislación -ambas consideradas por el Supremo Tribunal como circunstancias agravantes cualificadas- en las que deben concurrir determinados requisitos, como la temporalidad, para ser calificadas como tal.

Otro tema importante abarcado en la Parte General de este libro es lo referente a la extinción de la acción penal y de la pena, en donde -como es obvio- se analiza los plazos de prescripción. Así, se estudia el artículo 339°.1 del NCPP, y se precisa que debe interpretarse el mismo en el sentido de que su efecto principal es la suspensión de la prescripción de la acción penal a raíz de la formalización de la investigación. Asimismo, el Supremo Tribunal definió que la dúplica del plazo de prescripción en los delitos contra la Administración Pública no se puede extender al extraneus. Es de puntualizar que el plazo de prescripción para los funcionarios o servidores públicos que comenten delitos contra el patrimonio del Estado se duplica. Tema importante es que la prescripción se interrumpe entre la interposición del recurso de queja y la remisión al Tribunal Superior

de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad.

Otro punto considerado en la Parte General de la presente publicación académica son las medidas de seguridad. Se debe entender que la internación solo puede ser impuesta en la sentencia y no puede exceder los límites de la pena privativa de la libertad aplicada. Se trata, también, el tema de la institución de la reparación civil, en tanto es un ámbito legal del objeto civil del proceso penal que se encuentra regulada en el CP, que presenta elementos diferenciadores de la sanción penal. Se precisa que en los delitos de peligro no cabe negar la posibilidad de que surja responsabilidad civil.

Un tema que se discute en la dogmática penal es lo referente a las consecuencias jurídicas de la persona jurídica, lo que se analiza en este libro y se deja establecido, conforme lo estipuló el Tribunal Supremo, que las consecuencias jurídicas deben darse respetando las garantías que no desvirtúen su naturaleza, como el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional.

El último tema abordado en la Parte General de la presente obra es la reserva del fallo condenatorio, que es una medida alternativa a la pena privativa de la libertad de uso facultativo del juez y que solo procede cuando un delito esté sancionado con una pena de inhabilitación no superior a 2 años.

La segunda parte del libro trata diversos delitos de la Parte Especial del CP estimados problemáticos y, por ende, abordados y resueltos en diversos Acuerdos Plenarios. Así, se puede asumir respecto a los delitos contra el honor que, cuando entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión y de información, el tema es resuelto con la formulación de un juicio de ponderación en el que se deberá considerar si una conducta atentatoria contra el honor es amparada en el ejercicio de las libertades de expresión. Otro punto relevante son los diversos problemas que se suscitaron con el delito de violación sexual de menor de edad, en el que se estableció que el abuso sexual no consentido por menor entre 14 y 18 años debe ser considerado como una violación sexual de mayor de edad, debido a que los adolescentes incluidos en ese rango de edad tienen derecho a ejercer su libertad; por tanto, si los adolescentes entre esas edades tienen relaciones consentidas, se extingue la responsabilidad penal por

consentimiento del titular del bien jurídico protegido. Tema discutible en la dogmática penal es el hurto agravado, cuando no se cumple con el quantum que exige el tipo base: el tema fue desarrollado por la Corte Suprema y se estableció que, si bien el hurto agravado requiere la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, existe una excepción que es el elemento pecuniario, por lo que dicho tipo penal no exige del requisito del quantum del valor del bien para su configuración. El delito robo es también tratado en el presente libro, en el que se dejó sentada la diferenciación cuando se está ante un robo con muerte subsecuente y un asesinato: el primero se produce cuando el agente ocasiona o produce la muerte el agraviado, cuyo resultado no es doloso, pero que puede ser previsto y evitado por el autor; sin embargo, el asesinato para facilitar otro delito -el homicidio- es el delito-medio cometido por el agente con la finalidad de ejecutar el delito-fin, por lo que siempre será doloso. El robo es consumado, a su vez, cuando el titular de la cosa deja de tener el ámbito de protección sobre la misma. Por otra parte, el delito de lavado de activo, novedoso y de trascendencia actual, resguarda 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 sujeto activo. 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. Otro tema que se trata en el libro es la configuración del delito de apropiación ilícita, que 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.

En la Parte Especial también se consigna al delito de TID, para cuya comisión es suficiente el menor acuerdo previo entre los sujetos. Para su agravante, el tipo penal exige que cada participante conozca la intervención de los demás sujetos en la comisión del delito.

En los delitos contra la Administración de Pública se trata el delito de peculado culposo, haciendo especial referencia a su estructura: que es aplicable al sujeto que actúa por culpa en el ejercicio de sus funciones y la culpa se refiere exclusivamente a sustracciones y no al término impreciso de pérdidas. Por otra parte, el 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 y el rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad consiste en negarse a entrega de los mismos.

El delito de terrorismo es un delito de actividad y de peligro abstracto, además de ser residual, con un dolo integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida. El terrorismo incluye un elemento subjetivo tipificante expresado en la subversión del régimen político ideológico establecido de manera constitucional; además, exige para su consumación la producción de resultados típicos concretos.

En lo concerniente a los temas de Derecho Procesal Penal tenemos: las garantías procesales, como el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; derecho de defensa, tanto en el antiguo ACPP de 1940 como en el NCPP de 2004; principio del juez legal predeterminado por la ley; asimismo, temas vinculados a la actividad probatoria en el proceso penal, y el desarrollo de instituciones del NCPP como audiencia de apelación, acusación directa y el proceso inmediato.

Con relación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Supremo ha realizado una importante línea de argumentos al establecer que este derecho tiene un doble ámbito: por un lado, la obligación de que las decisiones emitidas por los magistrados deban ser fundadas en derecho y debidamente razonadas tanto en lo que corresponde a la libre valoración de la prueba como la interpretación y aplicación del derecho objetivo; y, de otro lado, como una garantía del derecho de defensa de los imputados en la medida que les permite conocer las razones de una decisión judicial.

Vinculado al tema antes referido se tiene el desarrollo que la jurisprudencia le ha otorgado al principio de imputación necesaria, como una manifestación del principio de legalidad, y el principio de defensa procesal reconocido a nivel constitucional. Se exige al Ministerio Público que el acto postulatorio de acusación debe ser cierto, preciso y claro, conteniendo una descripción de los hechos imputados, el material probatorio con el que se cuenta y un proceso de adecuación de la conducta penal a los hechos que forman la acusación. En este sentido, no es suficiente para garantizar la vigencia de este principio la simple narración de hechos y su vinculación de éstos con una norma penal específica. Es necesario,

en consecuencia, que exista un adecuado correlato fáctico concreto y tanto debidamente diferenciado como limitado respecto a cada uno de los procesados. En última instancia, el Juez penal es el responsable a verificar el cumplimiento de esta garantía procesal y disponer las medidas correctivas del caso.

Un tema de desarrollo en la práctica judicial -que también se analizó vía Acuerdo Plenario- es el relacionado a la pérdida de imparcialidad en el proceso de hábeas corpus y amparo. Sucede que, en la práctica procesal, junto con la presentación de una demanda de hábeas corpus o de amparo contra una decisión específica o actuación de un juez de la causa, se recusaba paralelamente al magistrado bajo el amparo de la causal genérica de temor de parcialidad. Sobre el particular, se definió como línea jurisprudencial que la interposición de una demanda o queja no era causal suficiente para invocar algún cuestionamiento a la imparcialidad subjetiva de un magistrado. En definitiva, se determinó que para afirmar la existencia de falta de imparcialidad de un juez, las partes procesales debían contar con elementos objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de ésta, no siendo suficiente la sola presentación de una demanda constitucional contra un magistrado por vulneración a derechos constitucionales.

Otra temática esencial que es objeto de tratamiento en este trabajo está vinculada con la valoración de los actos de prueba en el proceso. En el Acuerdo Plenario 1-2001 se abordó, en primer término, que el delito de violación sexual se consumaba con la realización del agente del acto sexual no deseado, involuntario o no consentido, por lo que se descartó que la resistencia de la víctima pueda constituir un presupuesto material para la configuración del ilícito penal. La determinación 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. En segundo lugar, se abordó el tema de la valoración de la declaración de la víctima en los casos de abusos sexuales. Se determinó la existencia de ciertos elementos para determinar la credibilidad o no del testimonio de la víctima, en especial cuando el delito es cometido en el entorno familiar o entorno social próximo; a saber: (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatória por razones como la venganza, obediencia, entre otros; (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con

datos de otra procedencia; (iii) la declaración no sea fantasiosa o increíble; (iv) coherente; y, (v) uniformidad y firmeza en el testimonio, que en los casos de delitos sexuales debe flexibilizarse, teniendo en cuenta el espacio en las investigaciones que genera sentimientos de culpa por denunciar a un familiar o una persona estimada, ello en la medida que la experiencia dicta que son frecuentes los reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar. Finalmente, respecto a la prueba pericial, se ha desarrollado doctrina jurisprudencial que atiende la problemática para corroborar las lesiones sexuales ocasionadas a la víctima, en especial en aquellas circunstancias en que la pericia médico legal no determina las lesiones paragenitales y/o himeneales producidas a la víctima. En estos casos, donde no se otorguen dichos datos objetivos, se debe tener en consideración la 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. La declaración de la víctima será siempre orientadora de la dirección de la prueba corroborativa.

Entre los temas procesales vinculados al NCPP, se destaca el análisis efectuado por el Tribunal Supremo en cuanto a la determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio, ello por cuanto existía una duda sobre la interpretación del apartado 5 del artículo 300° del NCPP respecto al cómputo del plazo para fundamentar el recurso interpuesto en el desarrollo de la audiencia. El Tribunal estableció que el cómputo del plazo para la fundamentación del recurso debía iniciarse desde el día siguiente al propio acto de interposición del mismo. Asimismo, determinó que existía una 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.

De otro lado, se ha establecido vía Acuerdo Plenario que los defectos en la imputación del fiscal, vinculados a la vulneración del principio de imputación necesaria, deben de comunicarse a dicho representante del Ministerio Público, a fin de que referido órgano cumpla con subsanar la falta de precisión de los hechos atribuidos al imputado. Esa es la regla general. Solo en forma excepcional –ante la desestimación del fiscal o la falta de respuesta al pedido de la defensa material- es posible acudir a la vía jurisdiccional para solicitar una Audiencia de Tutela, en cuyo caso 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.

En lo atinente al plazo de la investigación preparatoria en sede del Ministerio Público, mediante la Casación N° 2-2008-La Libertad, se definió el plazo de duración de la investigación preparatoria consolidando un criterio importante, debido a que en la práctica existió una diversidad de criterios para el establecimiento del plazo. En este sentido, El Tribunal Supremo especificó que la etapa de investigación preparatoria presentaba dos sub-etapas: las diligencias preliminares y la propia investigación preparatoria. Asimismo, se estableció que el plazo de la investigación preliminar era de 20 días naturales de forma regular y que su plazo de ampliación excepcional por la complejidad y circunstancias del caso no podría exceder de los 120 días que, de forma regular, están destinados a la etapa de investigación preparatoria.

También el Tribunal Supremo desarrolló las instituciones de la acusación directa y del proceso inmediato en el NCPP. La acusación directa se ha definido como un mecanismo del proceso común que busca acelerar el proceso penal. Es en virtud de éste que 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. De otro lado, el proceso inmediato es definido como 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 sincera, etc). Al ser un proceso diferente del común y no contar con etapa intermedia, en el proceso inmediato será el Juez de investigación preparatoria quien controla el requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato, mientras que el Juez del juicio oral será quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios de prueba. En cambio, en la acusación directa, el Ministerio Público emite dictamen cuando ya cuenta con los presupuestos para la punibilidad y se cumplen con los presupuestos contemplados en el art. 366°.4 del NCPP. El fiscal decide, en este supuesto, pasar directamente a la etapa intermedia, prescindiendo de la investigación formal y será el Juez de investigación preparatoria el que se encargue del control de la acusación.

Finalmente, en el ámbito del Derecho de Ejecución Penal se ha incorporado una jurisprudencia relevante en relación a los beneficios penitenciarios en los casos de terrorismo y criminalidad organizada. En el Acuerdo Plenario 8-2011 se estableció que por mandato legal existe una prohibición de conceder beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional para los casos de delitos de especial gravedad y trascendencia social. Esta prohibición de beneficios se rige por el principio de reserva de la ley penal, de tal forma que cualquier modificación a la regulación de beneficios debe seguir dicho principio. De igual forma, se determinó que las normas que tratan sobre beneficios son de derecho material, por lo que mencionada institución debía seguir el principio de aplicación de la ley vigente al momento del inicio de la ejecución material de la sanción penal, salvo en los casos de aplicación a favor del reo.

La presente obra constituye pues, un esfuerzo del Instituto que preside el Profesor Pérez Arroyo. Conforme ello, nosotros los autores de este compendio analítico hemos realizado con el mayor de los placeres académicos del caso, a fin que sea útil para los operadores del Derecho -Jueces, fiscales y abogados- en la aplicación cada vez más predecible del Derecho, todo lo cual será de juzgar por parte del lector a quienes nos debemos por completo.

Lima, junio de 2014.

PRESENTACIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR

DR. MIGUEL PÉREZ ARROYO

*Presidente del Instituto Peruano de
Criminología y Ciencias Penales*

*Profesor de Derecho Procesal Penal y Criminología
Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

I.

La publicación titulada “Jurisprudencia Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal Vinculante y Relevante” que Usted, señor lector, tiene en sus manos; abarca el desarrollo jurisprudencial del año 2004 al 2013 desde tres perspectivas: de Derecho penal –tanto desde su parte general como de su parte especial-, de Derecho procesal penal y de Derecho de ejecución penal.

Desde la primera perspectiva –del Derecho penal-, el libro que tenemos a bien presentar a la comunidad jurídica nacional, se subdivide en dos apéndices: la parte general y la parte especial. La parte general del Derecho penal abarca quince Acuerdos Plenarios, siete Recursos de Nulidad, una Sentencia Plenaria, y dos Sentencias de Casación; tocando temáticas tales como las bases de la punibilidad, criterios interpretativos para diferenciar entre autoría y participación, la aplicación temporal de la Ley penal, aspectos generales de las penas (clases, determinación, re-fundición y suspensión de ejecución), extinción (tanto de la acción penal

como de la pena), las medidas de seguridad, reparación civil, consecuencias accesorias y la reserva del fallo condenatorio.

Por otro lado, la parte especial del Derecho penal contiene dieciséis Acuerdos Plenarios, ocho Recursos de Nulidad, una Sentencia Plenaria, tres Sentencias de Casación y una Consulta; sobre delitos contra el honor (difamación, calumnia e injuria), violación de la libertad sexual, hurto, robo, desaparición forzada, lavado de activos, apropiación ilícita, delitos tributarios, tráfico ilícito de drogas, peculado, omisión o retardo de actos funcionales, asociación ilícita para delinquir y terrorismo.

En la segunda sección del presente libro, encontramos lo referente a la jurisprudencia más relevante y vinculante en el ámbito del Derecho procesal penal; contando con: veintiún Acuerdos Plenarios, diecisiete Sentencias de Casación, catorce Recursos de Nulidad y una Queja. Esta jurisprudencia abarca los siguientes puntos: las garantías procesales (derecho a la presunción de inocencia, a la motivación de las resoluciones, de defensa –tanto en el antiguo Código procesal penal como en el Código del 2004-, a la gratuidad en la administración de justicia, el principio al juez natural, la recusación, principio *ne bis in idem*, principio acusatorio y el derecho a juez legal), sobre las partes procesales, los medios técnicos de defensa, la investigación preparatoria, sobre la búsqueda de pruebas y restricción de derechos, las medidas de coerción procesal, la actividad probatoria en el proceso penal, las audiencias previas, el juicio oral –especificando en la audiencia de apelación en el Código del 2004-, y los procesos especiales.

Finalmente, se estudia –ya en el tercer apartado del libro: Derecho de ejecución penal- lo referido a los beneficios penitenciarios y al control judicial en la ejecución de la pena.

II.

En el Derecho peruano, la rancia clasificación kelseniana de “fuentes de derecho”, común a la tradición romano-germánica, se trastocó a partir de la promulgación del Decreto Legislativo 959°, de 16 de agosto de 2004; el cual introdujo el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. Con ello se inauguró para el Derecho Peruano, en el ámbito específico del sistema penal (material y procesal), el sistema de los “precedentes

vinculantes”, para diversos temas específicos. Así se estableció, cada vez de modo más creciente, un sistema mixto; en donde la Ley es la fuente principal del Derecho (sistema romano germánico) pero también lo es el de los “precedentes” (sistema anglosajón). Precedentes que luego, con los años, ya no sólo serán jurisdiccionales sino también no jurisdiccionales, fuera del alcance dialéctico del proceso sino más bien, producto de diversas decisiones selectivas. Tanto por temas como de interpretaciones las cuales por un lado serán, las de las “sentencias plenarias”, como también, la de los “acuerdos plenarios”.

Esta opción innovadora del sistema penal peruano (penal y procesal), de asiento procesal fundamental, inaugurada con el artículo 301-A del ACPP, fue seguida también por el NCPP, el mismo que en su artículo 433°. 3 y 4, orientándose en el mismo sentido. Esto es que, los precedentes pueden producirse como efecto de las Sentencias Supremas que son declaradas vinculantes por la propia Sala Penal. En estos casos, nos encontramos ante un caso en concreto en cuya resolución se declaran vinculantes ciertos tramos o considerandos numerados por la propia Sentencia Vinculante, los cuales son de obligatoria aplicación en sede Jurisdiccional y por extensión en sede Fiscal, en lógica vertical, sustancialmente; dado el efecto normativo que esta disposición contiene. Esto es, ya no sólo resuelve para el caso en concreto sino que en los apartados así declarados como vinculantes, la resolución a que llegue el Supremo Tribunal, se extenderá a todo el sistema de administración de Justicia en términos normativos. He aquí la esencia del sistema mixto; por un lado la Ley y por otra la decisión jurisdiccional y no jurisdiccional, hecha mandato normativo.

Estas decisiones con efecto normativo –en algunos de sus considerandos- entra en un juego de complementariedad sistémica con lo que ya era costumbre en el Sistema de Administración de Justicia peruano, el mismo que según su LO –LOPJ-, establece que todas las Sentencias Supremas –Ejecutorias Supremas- son tomadas en cuenta por las instancias jurisdiccionales de inferior jerarquía, con lo que se estableció y establece, una suerte de “vinculabilidad jurisdiccional genérica”, distinta a lo que propone este sistema inaugurado por el art. 301-A del ACPP. y seguido por el NCPP de “vinculabilidad jurisdiccional específica.”

Siendo esto así, el mismo artículo 301-A del ACPP, establece un mecanismo según el cual existe la posibilidad de que otros integrantes de las Salas Supremas u otra Sala Suprema, discrepen de las decisiones a que haya dado lugar una Sentencia Vinculante; añadiéndose una cuestión más a dilucidar; cual es, el hecho que si sólo los Jueces Supremos pueden ejercer este derecho de discrepar de las Sentencias Vinculantes y no los de inferior jerarquía. Con lo que es de resumir nuestra posición a dicho respecto, en el sentido que una interpretación así sería inconstitucional. Siendo así, el efecto del control difuso de constitucionalidad que merece el artículo 138° de la Carga Magna tiene un propio juego generalizador e integrador a la vez, en tanto que si un Juez, cualquiera sea su nivel, puede aplicar el control así denominado difuso contra una Ley –máxima expresión de la decisión legislativa- con mayor razón puede hacerlo de una decisión jurisdiccional en sus extremos normativos; con una exigencia, cual es, el de su debida motivación (art. 12° LOPJ).

Ahora bien, manteniendo el tema en cuestión de las Sentencias Vinculantes y las posibles discrepancias venidas contra ellas, la norma antes aludida del ACPP. señala la posibilidad que algunos Magistrados de la misma Sala Penal Suprema o el íntegro de otras salas, pueden contradecir o apartarse de los efectos normativos de una Sentencia Vinculante, produciendo otras Sentencias Supremas con vinculabilidad jurisdiccional genérica (art. 22° de la LOPJ) o, en su caso, otras de orden específico (con vinculación específica), bajo el amparo del artículo 301-A del ACPP. Cuando ello sucede, la propia norma establece un tipo de procedimiento el cual circula por el hecho de la posibilidad de promover y convocar una sesión plenaria de las Salas Supremas de la Corte Suprema, las mismas que emitirán una “Sentencia Plenaria”, siendo éste el modo y forma como es que se deberá resolver las discrepancias jurisdiccionales entre los Jueces de un mismo colegiado así como de los colegiados supremos penales enfrentados en lógica de discrepancia. Esta convocatoria en términos de instancia está legitimada y reservada para cualquiera de las Salas, la Fiscalía Penal Suprema y de la propia Defensoría del Pueblo y parte por seleccionar las Sentencias Ordinarias y/o vinculantes enfrentadas así como también los criterios en términos de votos singulares que pudieran haberse producido en la tramitación y decisión de una causa, así planteada. Esta decisión, que se toma por mayoría absoluta y sin intervención de ninguna

de las partes –de ahí su carácter no jurisdiccional- de las “Sentencias Plenarias”, tiene carácter también vinculante^[1].

Queda claro entonces, que las “Sentencias Plenarias”, se asienta, en términos teleológicos, en criterios y objetivos de correctividad y uniformidad hacia futuro, en casos sobre materia punitiva (material, procesa y hasta de ejecución penal), una vez ya resueltos y entre los que existe contradicción y no uniformidad; tal y como lo señala el artículo 301-A.2 del ACPP.

Sin embargo, en los últimos años, también se han venido dando otros instrumentos no legislativos con efectos normativos. Ya no sólo los relativos a los de orden jurisprudencial que en términos de precedentes vinculantes se derivan de las Sentencias Vinculantes conforme el artículo 301-A.1 del ACPP. y, si acaso, en tanto exista disidencia discrepante entre los órganos supremos de Justicia Penal, las respectivas “Sentencias Plenarias” que, como hemos visto, tienen un fin correctivo y uniformizador hacia futuro sobre base de casos ya resueltos en términos de “sentencias vinculantes”. Ahora estamos en otro nivel y que, como ya sostuve antes, constituyen una suerte de innovación intra poder (judicial), que ha alimentado al Sistema de Administración de Justicia, de un conjunto de “decisiones” tomadas al margen de cualquier proceso contencioso penal. Al margen de cualquier discusión contradictoria que pudiera defender o permitir que se defiendan una posición en un sentido u otro determinado a lo que es el objetivo para el cual se forman estos “plenos jurisdiccionales”, cuya norma de montaje habilitador está dado por el artículo 116° de la LOPJ y que, como es de anotar, han tenido variantes muchas en temas determinados que han llevado a establecerse más de un “Pleno Jurisdiccional” para llegar a un tipo de acuerdo sobre un tema en concreto; como lo es por ejemplo el relativo a las “*variaciones en el relato de hechos formulados por la víctima – testigo en el proceso penal –con especial incidencia en los procesos penales por delitos sexuales-*”. En efecto, como es de anotar, el Acuerdo Plenario Nro. 2/ 2005-CJ-116°, desarrolló una doctrina jurisprudencial importante en lo relativo al

[1] PÉREZ ARROYO, Miguel. “Las ejecutorias vinculantes en materia Penal a partir de la introducción del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales” (en) *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Lima: CIPJ, año 2, N° 6. Octubre-Diciembre de 2004, pp. 95-124.

principio de excepción del “testis unus, testis nullus”, con lo que estableció –debidamente– los criterios sobre los cuales se podía dar credibilidad a un testimonio de incriminación aun cuando no hubieran otros elementos de prueba personal que certificaran dicha incriminación del testigo que además era víctima del delito, obviando por cierto el carácter interesado que podría sugerirse de dicho testimonio. Siendo así, se establecieron reglas bastante adecuadas, siguiendo pautas jurisprudenciales y doctrinarias del TEDH y del TC y TS español, en el sentido de excepción ya señalado. Con esto se pretendió dar validez y credibilidad a dichos testimonios únicos, ajustados por cierto a las pautas y requerimientos objetivos, señaladas en dicho “Acuerdo Plenario”, con lo que era el caso aplicarlas como se vinieron aplicando a lo largo de casi más de seis años.

Sin embargo, en el año 2011 surgió otra necesidad jurisprudencial, la de “las variaciones testimoniales de la víctima respecto de los hechos que fueron objeto de imputación y –en su caso– de acusación penal”. En este sentido, el “Pleno Jurisdiccional” que se convocó precisó la necesidad de contraponer en sus efectos y su dinámica decisoria, dos instrumentos jurisprudenciales con efectos normativos anteriores al mismo; el propio Acuerdo Plenario Nro. 2/ 2005-CJ-116 y la Sentencia Vinculante recaída en el R.N. 3044-2004 (fundamento §6.22° del Acuerdo Plenario); a la vez que se trajo a colación dos Ejecutorias no vinculantes –ordinarias– recaídas en los R.N. 2929-2001/Lima; R.N. 4063-2008/ Apurímac y el R.N. 3085-2004/ Cañete (fundamento §1.6° del Acuerdo).

En esta perspectiva entonces, como en otras ocasiones, se procedió a convocar, conforme lo establece el artículo 116° de la LOPJ, a un pleno Jurisdiccional el cual, en conjunto, tomando en cuenta los precedentes señalados en el párrafo anterior, emitió finalmente el Acuerdo Plenario Nro. 1/ 2011-CJ-116°; el cual conglobó el tema relativo a la “valoración de la prueba en los delitos sexuales”. Abordando dos temas sumamente importantes que fueron; 1) el relativo a las variaciones testimoniales de la víctima en el proceso, y; 2) el relativo a la retracción del testimonio incriminador de la víctima en el proceso por delitos sexuales. En ambos casos en grado de complementariedad y que, conforme dicho Acuerdo Plenario, se superaron los problemas de credibilidad del testimonio en apariencia contradictorio, creando un conjunto de reglas que no es el caso comentarlas en esta breve presentación pero que forman parte de lo sustancial de dicho Acuerdo Plenario: Vid. §6.24° A.Pl. 1/2011-CJ-116.

Conforme es de verse, en este tipo de Instrumentos normativos no jurisdiccionales, se presentan dos cuestiones en particular importantes de resaltar, si acaso en grado crítico, no sin reconocer el enorme valor para la aplicación del Derecho y su predictibilidad en términos de los fines que planteó en su momento la reforma del sistema de fuentes del Derecho Penal Peruano, conforme ya se detalló en su momento con la aprobación del Dec. Legislativo 959°, el mismo que introdujo el artículo 301-A del ACPP. Esos dos temas en cuestión son los siguientes:

- a. El hecho de su génesis, vinculado más bien –en criterios de legitimidad de origen- en el artículo 116° de la LOPJ, el mismo que señala que, “*los integrantes de las Salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial*”. Siendo esto así, el origen de esta disposición bien puede ser encontrada en el artículo 264° de la LOPJ española (LO 6/1985 de 1 de julio)^[2] y de la interpretación que hiciera de ella la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, en “Pleno No Jurisdiccional” de fecha 18 de julio de 2006; declarando en este sentido que los acuerdos a que hayan dado lugar dichos “Plenarios”, deben tener carácter vinculante^[3]. Doctrina que como ya se anotó en su momento^[4] merecía cierto rechazo de su nativo antecedente español por el carácter justamente no jurisdiccional a que se remitía su origen. Esta fue quizás la razón por la que en el Perú no se atrevió

[2] LO 6/1985 de 1° de julio. Art. 264°. 1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala, se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición de mayoría de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la Ley. Serán presididos por el Presidente de la Sala. 2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan”.

[3] Anteriormente, conforme Acuerdo No Jurisdiccional de 8 de mayo de 1997, se había acordado que en modo alguno podía tener carácter vinculante dichos acuerdos plenarios.

[4] Vid. PÉREZ ARROYO, M. *Prólogo y presentación*; en, GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. Lima: INPECCP, 2009; p. XXIX-XXXIII.

a denominarla “Pleno Jurisdiccional” en tanto que no tenía dicho carácter. Ni tampoco se le denominó “Pleno No Jurisdiccional”, como es que se le denomina en España; motivando las críticas ya anotadas^[5]. Se prefirió el nombre de “Acuerdo Plenario”, que es conforme se convoca y se acuerda finalmente una línea doctrinaria determinada, atribuyéndole efectos normativos hacia futuro respecto del tema o los temas que hayan podido ser seleccionados por una comisión nombrada en el seno interno de las Salas Penales Supremas a la vez que –esto es innovador– convocar a la propia sociedad civil y demás institutos de investigación científica como el INCIP y el INPECCP, a fin que participe –en línea escrita u oral–, sugiriendo dichos temas en concreto así como realizando sendas “intervenciones orales”. Decantándose, en ese sentido, por una posición doctrinaria u otra en concreto. Motivando con ello la ocurrencia de una cierta dialéctica que aun cuando no se da en el seno de un procedimiento legal en concreto, por lo menos salva el hecho de las posibles contradicciones argumentales que pudieran surgir respecto de la selección de temas así como del sustento mismo de una línea doctrinal a tomar; toda vez que el efecto normativo de la misma regirá los destinos, a futuro, de la administración de justicia respecto de ese o esos temas penales “acordados” en forma “plenaria”.

- b. El hecho de su diferencia con las Sentencias Plenarias, en tanto que ellas (las Sentencias Plenarias), dan uniformidad a criterios bajo contradicción resultante de la dictación de Sentencias Vinculantes también contradictorias, estableciendo efectos correctivos y uniformizadores a futuro. Mientras que en éstas, en los “Acuerdos Plenarios”, de lo que se trata es de afianzar el criterio de la predictibilidad en la aplicación de normas penales materiales, procesales y de ejecución; seleccionando tanto temas en concreto y en abstracto –institutos penales materiales, procesales y de ejecución–, como también normas penales de diversa índole (Ejemplo: “la valoración de la prueba” en los “delitos sexuales –artículos 170 y ss. Del Código Penal”). A su vez,

[5] En este sentido: Vid. MANJÓN – CABEZA OLMEDA, Araceli. *¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (a propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)*. En, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194 RECPC 10-02 (2008).

también, instrumentos resolutivos con contenido normativo como son o pueden ser las “Sentencias Vinculantes”, “Sentencias Plenarias” o, incluso otros “Acuerdos Plenarios” (tal y como se ha presentado en términos ejemplificativos en el apartado inmediatamente anterior).

Ahora bien, existen otro tipo de Instrumentos resolutivos en materia penal, con contenido normativo, vinculados esta vez, ya no en modo esencial al ACPP. y la LOPJ, sino más bien en modo esencial y fundamental en el NCPP de 2004. Hablamos de las Sentencias Casatorias expedidas por la Corte Suprema de la República, respecto de casos en concreto, de temas sujetos a controversia jurisdiccional –de aquí su naturaleza jurisdiccional-, en aquellos circuitos judiciales –distritos judiciales- en donde se viene aplicando –desde julio de 2006- el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (NCPP –promulgado conforme Dec. Legislativo 957 de 29 de julio de 2004-). En este sentido, se tiene claro la existencia de dos tipos de Sentencias Casatorias; aquellas que anulan la Sentencia o auto venido en grado en vía extraordinaria –la Instancia Casatoria no es una Instancia ordinaria sino más bien constituye una Instancia extraordinaria-, y la reemplazan sin reenvío a Instancia ordinaria. O, si más bien, anula la Sentencia o auto, con resolución de reenvío a una Instancia ordinaria debiendo señalar a cuál (conforme el artículo 433°.1 del NCPP).

Ahora bien, la misma norma señala la posibilidad que en algunos casos, dada la trascendencia del caso en concreto resuelto, que la Sentencia expedida constituya doctrina jurisprudencial vinculante, en términos justamente de “precedente vinculante”, el mismo que no podrá ser desatendido por las Instancias inferiores bajo cualquier motivo sino más bien –conforme ya hemos argumentado en el primer tramo de esta breve presentación respecto de los precedentes vinculantes en el actual ACPP.-, con una adecuada y bien montada motivación bajo una interpretación “*ad mayoris ad minus*”, del control difuso constitucional del artículo 138° de la Carta Política peruana. Cuando esto ocurre, o cuando otras Salas Penales tuvieran criterios discrepantes o dicha discrepancia se asiente en la propia Sala donde se emitió la Sentencia Casatoria; se convoca a un “Pleno Casatorio”; a fin de procurar uniformidad a dichas Sentencias con precedente vinculante y contenido normativo.

Así es como se expiden los “Plenos Casatorios”. Esta lógica implementada para el NCPP como es de notarse, ya se había implementado para

el tema de las “Sentencias Plenarias”, en la reforma introducida al actual ACPP, para el artículo 301-A del citado cuerpo legal. En sus bases están los ánimos y el objetivo de la predictibilidad del Derecho y la interdicción de la arbitrariedad y la subjetividad de quien ejerce la administración de Justicia, poniendo límites a la discrecionalidad personal e introduciendo cada vez mayores dosis de racionalidad y objetividad en la administración de Justicia. No en vano la autoría de ambos segmentos normativos procesales proviene de un mismo puño.

III.

Al día de hoy, el carácter dinámico de las decisiones tomadas mediante vía Jurisdiccional y No Jurisdiccional Vinculante exige la capacitación continua de los hombres de Derecho, así como de quienes se encuentren interesados en la materia. Es como respuesta a dicha necesidad que sobresale la importancia de la presente obra: una recapitulación y análisis de la Jurisprudencia Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal vinculante y relevante entre los años 2004 y 2013, como una segunda edición mejorada y aumentada de nuestra publicación hecha en el año 2009 y titulada “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante (2004-2008)”, que fue presentada con el fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP).

En este sentido, se han seleccionado, conforme ya anticipó el coautor de este Texto, un conjunto de 11 Sentencias Vinculantes, 14 Sentencias Casatorias con Doctrina Jurisprudencial, 2 Sentencias Plenarias, 54 Acuerdos Plenarios, 1 Queja, 1 Consulta y 29 Recursos de Nulidad de trascendencia y carácter relevante para el sistema de administración de Justicia en el Perú.

No quiero terminar esta presentación sin mostrar los agradecimientos del caso para **Renzo Riega Cayetano**, Director Académico (i) del INPECCP, y el cuerpo de asistentes, quienes han colaborado en el inicio y el final de este trabajo de varios meses de búsqueda y sistematización.

Es pues, un honor para nosotros, los autores de esta selección, que Uds. cuenten con dicha selección como herramienta de trabajo para su día a día en el ejercicio de la defensa y de la administración de justicia. Esperemos que hayamos estado a la altura de sus necesidades.

**JURISPRUDENCIA PENAL,
PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL
VINCULANTE Y RELEVANTE
(2004-2013)**

ÍNDICE ESPECÍFICO: DERECHO PENAL (I)	
I	DERECHO PENAL
A	Parte General
1	EL HECHO PUNIBLE. BASES DE LA PUNIBILIDAD
S1	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 367-2011-LAMBAYEQUE, del 15.07.13
	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.
S2	ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116, del 13.11.09
	Las rondas campesinas y el derecho penal.
2	APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL
S3	ACUERDO PLENARIO N° 2-2006/CJ-116, del 13.10.06
	Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las Leyes, pudiendo escogerse la más favorable al reo.
S4	R.N. N° 1920-2006-PIURA, del 08.08.06
	Jurisprudencia vinculante no significa modificación legal y no es de aplicación retroactiva.
S5	R.N. N° 1500-2006-PIURA, del 17.07.06
	Retroactividad benigna de la Ley penal y cambio de la doctrina jurisprudencial.
S6	SENTENCIA PLENARIA N° 2-2005/DJ-301-A, del 30.09.05
	Sustitución de penas por retroactividad benigna.
3	DE LAS PENAS
I	CLASES DE PENAS
S7	ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116, del 13.11.09
	La ejecución de la pena de inhabilitación y el recurso impugnatorio.
S8	ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116, del 18.07.08
	La pena de inhabilitación.
II	DETERMINACIÓN DE LA PENA
S9	ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116, del 16.11.10
	Determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel.
S10	ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116, del 13.11.09
	Determinación de la pena y concurso real de delitos.
S11	ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116, del 18.07.08
	Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

§12.	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 2860-2006-ANCASH, del 25.06.07
	Determinación de la pena máximo en leyes penales que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada
§13	R.N. N° 367-2004-SANTA, del 23.02.05
	Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación.
iii	REFUNDICIÓN DE PENAS
§14	R.N. N° 4052-2004-AYACUCHO, del 10.02.05
	Refundición de penas en concurso real retrospectivo.
iv	SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA
§15	R.N. N° 2476-2005-LAMBAYEQUE, del 20.04.06
	Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada.
4	EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA
§16	ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116, del 26.03.12
	Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal del 2004.
§17	ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116, del 06.12.11
	Nuevos alcances de la prescripción con referencia a la intervención del extraneus.
§18	ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116, del 16.11.10
	Prescripción: problemas actuales.
§19	ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116, del 13.11.09
	La prescripción de la acción penal en el art. 46ª-A y el art. 49ª del código penal.
§20	ACUERDO PLENARIO N° 6-2007/CJ-116, del 16.11.07
	Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.
§21	ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116, del 16.11.07
	Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad.
5	DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
§22	R.N. N° 104-2005-AYACUCHO, del 16.03.05
	Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación.
6	DE LA REPARACIÓN CIVIL
§23	ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116, del 13.10.06
	Reparación civil y delitos de peligro.
7	CONSECUENCIAS ACCESORIAS
§24	ACUERDO PLENARIO N° 7-2009/CJ-116, del 13.11.09
	Las Personas Jurídicas y consecuencias accesorias.
8	RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO
§25	R.N. N° 3332-2004-JUNÍN, del 27.05.05
	Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.

01

§1. EL HECHO PUNIBLE. BASES DE PUNIBILIDAD.

§1. 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.

Sentencia de 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.
Jueces Supremos Con Voto en Mayoría	Villa Stein, Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo y Rozas Escalante.
Juez Supremo Con Voto Singular	Barrios Alvarado.
Derecho Penal	Autoría y Participación delictiva. Complicidad Primaria y Complicidad Secundaria. Criterios normativos y jurisprudenciales. El dolo.
Derecho Procesal Penal	Interés Casacional por errónea interpretación de la Ley Penal. El dolo y su prueba.
Disposiciones estudiadas	Arts. 23°, 24° y 25° del CP. y arts. 427° y 429.3 del NCPP.

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 inadmisibile 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 N° 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[1] [2], teoría que conforme detallaremos,

-
- [1] 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”.

- [2] En esta misma línea argumental, se tiene la sentencia del 6 de junio de 2005, recaída en el Expediente N° 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

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”[3].

- 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.

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 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”.

- [3] 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.

- 3.11. 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.
- 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 típica⁴. 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"⁵ 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^[4]. 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^[5] 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^[6]. 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 se convertiría en coautoría. La complicidad secundaria, o simple, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede reali-

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

[5] WELZEL, HANS: *Derecho Penal Alemán*; p. 170.

[6] SOLER SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T. II; p. 277

zarse 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.

SÉTIMO: 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^[7]; 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^[8]”

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

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

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

la cual no se hubiera concretado y el momento en el que se presenta la contribución.

DÉCIMO: 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 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.

DÉCIMO 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.

DÉCIMO 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.

I. DERECHO PENAL

A. PARTE GENERAL

1. DEL HECHO PUNIBLE. BASES DE LA PUNIBILIDAD

§2. 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 Martín Castro y Prado Saldarriaga.
Vocales Integrantes de la Sala	González 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.
Derecho Penal	Rondas Campesinas y Derecho Penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 14°, 15°, 20°.8 y 21° del C.P.

RESUMEN:

Partiendo de lo dispuesto en el Artículo 149° 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 N° 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 N° 169 de la OIT).

FUNDAMENTOS:

“7º. El artículo 149º de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, 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 –aún 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, con-

secuencias 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 ciudades 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 1º 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:

- 9º. 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 149º 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 dimanen 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 inculpatado–, 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, desaprobala 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) –vis-tos 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 culposos 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.)

03

2. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL

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

Acuerdo Plenario	Nº 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.
Ponentes	San Martín Castro y Molina Ordóñez.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las leyes.
Disposiciones estudiadas	Exposición de Motivos del C.P.

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 conexas 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 concurre 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.*”

04

§4. 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	Piura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Derecho Penal	Jurisprudencia vinculante no significa modificación legal y no es de aplicación retroactiva.
Disposiciones estudiadas	Art. 301°-A del A.C.P.P.

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 por que, 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.)

05

§5. 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	Piura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	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.139º.13 de la Const., y 6º del C.P.

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** referidas 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.)

06

§6. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villa, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Penal	Sustitución de penas por retroactividad benigna.
Disposiciones estudiadas	Art. 6º del C.P.

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, establecida 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 6º 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 7º 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.

- 7º. 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 296º, 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 297º, 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 297º, 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 una 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.
- 8º. 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 297º del Código Penal cómo debe procederse según el artículo 6º 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 típi-

cos 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.
- 10°. 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.
- 11°. 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 instituir las 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 45º y 46º 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 6º 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.”

3. DE LAS PENAS

i. CLASES DE PENAS

§7. 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 Martín Castro y Prado Saldarriaga.
Vocales Integrantes de la Sala	González 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.
Derecho Penal	Ejecución de la pena de Inhabilitación y recurso impugnatorio.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29º, 30º y 31º.3 del C.P.; 332º del A.C.P.P.; 288º, 402º.2, 403º.1 y 418º.2 del N.C.P.P.

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 330º, 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 con-

tinuación, 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.”

08

§8. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	La pena de inhabilitación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 39° del C.P.

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 officio 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, esta 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:

- 6°. 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.
- 7°. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° 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 aplicada 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 39° y 40° 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 177°, 181°-B y 398° 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 inadmisibles 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 la 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 una 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 a la 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 officio 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 artículo 38° 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, la 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 encargado de 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.)

ii. DETERMINACIÓN DE LA PENA

§9. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Penal	Determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel.
Disposiciones estudiadas	Arts. 153°, 186°, 189° y 297° del C.P.

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:

- 8°. 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).
- 9°. 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 N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9°].
- 10°. 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.
- 11°. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional de-

berá, 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:

- 12º. El problema a dilucidar está 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. 189º, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años, apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189º, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189º, 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).

10

§10. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Determinación de la pena en el caso del concurso real de delitos y concurso real de faltas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 92° de la L.O.M.P.; 21°, 22°, 34ª, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 48°, 50°, 50°-A, 51° y 440ª-4 del C.P.; 136°, 225°, 273°, 285°-A y 300°.1 del A.C.P.P.; 161°, 349°.1, 350°.1, 374ª.1, 387°.1, 387°.2, 397°.3 y 409°.3 del N.C.P.P.

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 recluso 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 artí-

culo 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 partícipe 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 34° CP (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440°.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 compatible 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).

11

§11. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46°-A, 46°-B y 46°-C del C.P.

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:

“12º. 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 46º- B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69º 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 perpetrarse “... en un lapso que no exceda de cinco años”.
- 5) Es una circunstancia personal e incommunicable 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 registrales, 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 funda-

mento 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 46°- 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 46°- 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 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito mas 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 46°- B y 46°- 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 calificadas del artículo 46º - A, con las previstas por los artículos 46º- B o 46º- C. Si concurrieran las agravantes calificadas 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 69° 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 46° 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 69°, 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 48°- 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 69° 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.”

12

§12. 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.
Derecho Procesal Penal	Determinación de la pena máximo en leyes penales que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada.
Disposiciones estudiadas	Arts. VIII del T.P., 170° y 173° .3 del CP.

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 siete 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.

13

§13. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mar, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación.
Disposiciones estudiadas	Art. 51º del C.P.

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.)

iii. REFUNDICIÓN DE PENAS

§14. Refundición de penas en concurso real retrospectivo

Recurso de nulidad	4052-2004-AYACUCHO.
Fecha	10 de febrero de 2005.
Procedencia	Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Palacios Villar, Quintanilla Chacón, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Refundición de penas en concurso real retrospectivo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 48º y 50º del C.P.

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 sola 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.”

IV. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§15. Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada

Recurso de nulidad	2476-2005-LAMBAYEQUE.
Fecha	20 de abril de 2006.
Procedencia	Lambayeque. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Derecho Penal	Suspensión de la ejecución de la pena – Condena no pronunciada.
Disposiciones estudiadas	Arts. 57°, 61° y 69° del C.P.

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.)

16

4. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

§16. Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004

Acuerdo Plenario	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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arena, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Derecho Penal	Suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la investigación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 83°, 84° y 96° del C.P.; 339°.1 del N.C.P.P.

RESUMEN:

El Acuerdo Plenario N° 1-2010 analizó la naturaleza del artículo 339°.1 del Código Procesal Penal de 2004, decretando que en 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 339°.1 ha recibido influencia directa de la reforma procesal penal chilena. En efecto, el artículo 223° del Código Procesal Penal de Chile regula la institución de la suspensión de la prescripción acción penal, y toda vez que el artículo 339°.1 de nuestra legislación procesal se basa en el 223° del Código Procesal Penal chileno, se desprende –desde una visión comparada– el respaldo a la posición del Acuerdo Plenario N° 1-2010. En lo que respecta a su evolución histórica, la interpretación del artículo 339°.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 121° y 122° 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 N° 1-2010.

FUNDAMENTOS:

“El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria:

- 6°. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339° 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.

- 7°. 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 N° 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) Suspen-

derá 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 mediaticado 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 inculcado.
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”.

§17. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Parionà Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Penal	La prescripción en la intervención del extraneus.
Disposiciones estudiadas	Arts. 26° y 80° del C.P.

RESUMEN:

El autor de un delito contra la Administración Pública 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.

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, esta 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, Título 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 de-

ber, 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, Título 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 de 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).

§18. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Penal	Problemas actuales de la prescripción.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 83º, 86º y 440º.5 del C.P.; 339º del N.C.P.P.

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. 440°.5 del CP no indica el plazo extraordinario de la prescripción en dichas situaciones, en base a una interpretación sistemática del art. 83° 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. 339°.1 del NCPP regula expresamente una suspensión "sui generis", diferente a la regulada en el art. 84° 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 aquellos. 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, Título 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 funcional 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 funcional 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 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.”

§19. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca.
Derecho Penal	La prescripción de la acción penal en el art. 46º-A y 49º del C.P.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46º-A, 49º y 80º del C.P.

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 incrementará 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 cuyo 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 46° - 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 189° CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186° que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297° 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 49° 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 inferencia 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.)

20

§20. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.
Disposiciones estudiadas	Arts. 84º del C.P. y 297º del ACPP.

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 procedimientos 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.**

21

§21. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 82º y 83º del C.P.

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:

“6º. 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 80° regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83° 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.”

5. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

§22. Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación

Recurso de nulidad	104-2005-AYACUCHO.
Fecha	20 de abril de 2006.
Procedencia	Ayacucho. Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 74º y 75º del C.P.

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 cuarentiuno de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Su-

prema 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 Claus 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."

23

6. DE LA REPARACIÓN CIVIL

§23. Reparación civil y delitos de peligro

Acuerdo Plenario	6-2006/CJ-116.
Fecha	3 de octubre de 2006.
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Vega Vega.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Valdez Roca, Barrientos Peña, Vega Vega, Lecaros Cornejo, Peirano Sánchez, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Calderon Castillo y Urbina Ganvini.
Derecho Penal	Reparación civil y delitos de peligro.
Disposiciones estudiadas	Art. 93º del C.P.

RESUMEN:

En los delitos de peligro no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos 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, es de carácter supraindividual.

FUNDAMENTOS:

- “7º. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93º del Código

Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; 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. Así las cosas, se tiene que 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- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

- 8°. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) Daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial. (2) Daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales– tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159).
- 9°. Los delitos de peligro –especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar [el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una

regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –peligro concreto- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –peligro abstracto- (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: Derecho Penal – Parte General, ARA Editores, Lima, 2004, página 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

- 10°. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados. *En los delitos de peligro*, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- *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] (conforme: ROIG TORRES, MARGARITA: La reparación del daño causado por el delito, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125). Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.”

7. CONSECUENCIAS ACCESORIAS

§24. Las Personas Jurídicas y consecuencias accesorias

Acuerdo Plenario	7-2009/CJ-116.
Fecha	13 de noviembre del 2009.
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Vocales Integrantes de la Sala	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordóñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Derecho Penal	Las Personas Jurídicas y las consecuencias accesorias.
Disposiciones estudiadas	Arts. 68º, 104º y 105º del C.P.; 90º, 91º, 92º y 93º del N.C.P.P.

RESUMEN:

La aplicación de las consecuencias jurídicas deberá darse en con el respeto de todas las garantías que no desvirtúen su naturaleza, como son las de defensa procesal y las de tutela jurisdiccional efectiva. En este sentido, **a)** el Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada -o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción-, a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado; **b)** la persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado y deberá ser notificada; **c)** la persona jurídica

tiene los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral, en lo que pueda ser aplicado; d) la acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica; y, e) la persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral.

FUNDAMENTOS:

- “6°. El CP incorporó sanciones de carácter penal 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 [KLAUS TIEDEMANN: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 92 y ss.].
- 7°. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105° CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.
- 8°. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el

nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

Algunos aspectos dogmáticos generales:

- 9°. En el Código Penal las consecuencias accesorias se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General. Únicamente los artículos 104° y 105° CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104° CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105° CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.
- 10°. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105° CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103° a 105°), que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136° a 138°).
- 11°. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización-con

la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP: Principales Problemas de Aplicación*. En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.].

- 12°. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° CP. 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 [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia*. En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 493 y siguientes]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

Alcances y limitaciones del artículo 105° CP:

- 13°. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105° CP tiene la siguiente estructura normativa:

“Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*

2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas”.

- 14°. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:

- A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.
- B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
- C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

- 15°. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105° CP, tienen las siguientes características y funciones:

- A. El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan

el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2001, páginas 310 y 311].

- B. El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [JOSÉ HURTADO POZO: *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. En: Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, página 148. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Obra citada*, páginas 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.
- C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA: *La persona jurídica en el nuevo proceso penal*. En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, página 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

- D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.
- 16°. En el artículo 105° CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto.
- Tales criterios son los siguientes:
- A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
 - B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
 - C. La gravedad del hecho punible realizado

- D. La extensión del daño o peligro causado.
- E. El beneficio económico obtenido con el delito.
- F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

17°. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

18°. En el artículo 105° CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención

del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105° CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *“El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria,...”*.

Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal:

- 19°. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129° del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (*“El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias”*).

20°. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [PABLO SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos

diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA, *Obra Citada*, página, 314].

- 21°. En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90°/93°. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

- A. El artículo 90° NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104° y 105° CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104° CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11°, 104° y 105° NCPP.
- B. El artículo 91° NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:
 - (i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

(ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8° NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

- C. El artículo 92° NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.
- D. En el artículo 93° NCPP se detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.
- E. El apartado 2 del artículo 93° NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22°. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

- A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.
- B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.
- C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

- E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.”

8. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

§25. Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio

Recurso de nulidad	3332-2004-JUNÍN.
Fecha	20 de abril de 2006.
Procedencia	Junín. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.
Disposiciones estudiadas	Arts. 62º a 67º y 426º del C.P.

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.

Sétimo: 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 re-

sulta 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.”

ÍNDICE ESPECÍFICO: DERECHO PENAL (II)	
I	DERECHO PENAL
B	Parte Especial
9	DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA
§26	ACUERDO PLENARIO N° 3-2006/CJ-116, del 13.10.06 Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.
10	VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL
§27	ACUERDO PLENARIO N° 1-2012/CJ-116, del 26.03.12 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.
§28	ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116, del 06.12.11 Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias y penalidad.
§29	ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116, del 18.07.08 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.
§30	ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116, del 16.11.07 Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor.
§31	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 148-2010-MOQUEGUA, del 03.07.12 Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.
§32	R.N. N° 1628-2004-ICA, del 21.01.05 Naturaleza y características del elemento típico "engaño" en el delito de seducción.
11	HURTO
§33	ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116, del 06.12.11 Delito de hurto.
12	ROBO
§34	ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116, del 13.11.09 El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo.
§35	ACUERDO PLENARIO N° 8-2007/CJ-116, del 16.11.07 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.
§36	SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, del 30.09.05 Momento de la consumación en el delito de robo.
§37	R.N. N° 3932-2004-AMAZONAS, del 17.02.05 Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión.
13	DESAPARICIÓN FORZADA
§38	ACUERDO PLENARIO N° 9-2009/CJ-116, del 13.11.09 El delito de la desaparición forzada.
14	LAVADO DE ACTIVOS
§39	ACUERDO PLENARIO N° 3- 2010/CJ-116, del 16.11.10 Delito de lavado de activos.
§40	ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116, del 06.12.11 Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.

15	APROPiación ILÍCITA
§41	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 0301-2011-LAMBAYEQUE, del 04.10.12 Configuración del delito de Apropiación Ilícita.
16	DELITOS TRIBUTARIOS
§42	ACUERDO PLENARIO N° 2-2009/CJ-116, del 13.11.09 La Regularización Tributaria.
17	TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
§43	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 126-2012-CAJAMARCA, del 13.06.13 Alcances interpretativas de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP.
§44	ACUERDO PLENARIO N° 3-2008/CJ – 116, del 18.07.08 Delito de TID, Correo de drogas, y su agravante.
§45	ACUERDO PLENARIO N° 3-2005/CJ-116, del 30.09.05 Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de Interpretación.
§46	R.N. N° 352-2005-CALLAO, del 16.03.05 Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID.
18	PECULADO
§47	R. N. N° 4500 – 2005 - JUNÍN, del 06.09.07 Estructura típica del delito de peculado culposo.
§48	R.N. N° 2212-2004-LAMBAYEQUE, del 13.01.06 Diferencia entre los delitos de Peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.
§49	ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116, del 30.09.05 Delito de Peculado. Definición y acción típica.
19	OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES
§50	R.N. N° 496 – 2006 – AREQUIPA, del 16.07.06 Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público.
20	ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR
§51	ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116, del 13.10.06 Excepción de Cosa Juzgada en los delitos de Asociación Ilícita para delinquir
21	TERRORISMO
§52	CONSULTA N° 126 -2004 – LIMA, del 20.12.04 Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal.
§53	R.N. N° 3048-2004-LIMA, del 21.12.04 Interpretación del delito de Terrorismo.
§54	R.N. N° 1062-2004-LIMA, del 22.12.04 Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad.

9. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA

§26. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, Sívina 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.
Derecho Penal	Delitos contra el honor personal y el derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.
Disposiciones estudiadas	Art. 20°. 8 del C.P.

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, cuando 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 sí 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.

- 7°. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2°, 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 2° 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.)

10. VIOLACIÓN DE LIBERTAD SEXUAL

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

Acuerdo Plenario	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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Derecho Penal	Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad al art. 170° del C. P.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170°, 173°.3, 175°, 176°, 176°-A, y 179°-A del C.P.

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 170° 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 172°, 173°-A, 175° y 179°-A del C.P. o 176°-A.3, previo análisis.*

FUNDAMENTOS:

“6°. **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 N° 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.

7°. **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 etéreo 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 N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° inciso 3° 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 N° 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 175^a y 176^a 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 N° 2224/2007-; sentencia Jihuallanca Arapa – Consulta N° 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^[1].

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 .	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] 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.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años 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. 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.	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.
---	--

8°. **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 N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116**, respecto a la interpretación del artículo 173.3° 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 20.10° 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 175° y 179°-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 175° y 176° 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 duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

- 9°. **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* N° 108. Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

- 10°. **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 SCHÜNEMANN: *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 N° 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 N° 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).

- 11°. **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:

- 12°. **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 N° 28251 –que modificó el artículo 170°- 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).
- 13°. **CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:** producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser conculcado (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

- **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.

- 15°. **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 N° 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 N° 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).

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, desarreolando 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)

- 16°. **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.

- 17°. **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.)

§28. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo
Derecho Penal	Diferencias entre los delitos contra la libertad sexual y la trata de personas
Disposiciones estudiadas	Arts. 50º, 153º, 179º, 181º y 182º del C.P.

RESUMEN:

Los arts. 153º, 179º y 181º C.P. 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 étareo 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 acarrearán 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.

- 15°. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153°, 179° y 181° 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.

- 16°. 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.
- 17°. 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.
- 18°. 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.)

§29. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldaña, 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.
Derecho Penal	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.
Disposiciones estudiadas	Art. 173º.3 del C.P.

RESUMEN:

Realizando un análisis de los artículos 175º y 176º A del C.P. 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 N° 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 tiene 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 44° , 46° y 241° 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 N° 7- 2007/CJ-116, con carácter vinculante.

- 8°. 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 175° 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 176°-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 176° 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.*

- 9°. 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 173°. 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 139°, 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 173°, inciso 3), del Código Penal, *debe ampliarse* el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 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:

- 10°. 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 22° 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.)

30

§30. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Determinación judicial de la pena en el delito de Violación sexual de menor.
Disposiciones estudiadas	Arts. 173°.3, 175° y 179°-A del C.P.

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 cuerpo 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 implicate 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 173°, inciso 3 del Código Penal.” (Sic.)

§31. Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.

Sentencia Casatoria	148-2010-MOQUEGUA.
Fecha	03 de julio del 2012.
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Morales Parraguez.
Derecho Penal	Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170° y 173°.3 del CP.

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:

DÉCIMO 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.

DÉCIMO 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 principio, 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.

§32. 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	Ica. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Naturaleza y características del elemento típico “engaño” en el delito de seducción.
Disposiciones estudiadas	Art. 178º del C.P.

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.”

11. HURTO

§33. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo, Santa María Morillo.
Derecho Penal	Delito de hurto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 186º y 144º del C.P.

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 186º 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.)

12. ROBO

§34. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	González Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes del delito de robo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 122º, 188º, 189º y 441º del C.P.

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 ocul-

tar 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 inadmisibles, 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 gra-

ves, 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 121º 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 189º CP.

- 12º. En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1º del segundo párrafo del artículo 189º cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441º (lesiones falta) o 122º (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 concurren 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 concurren 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 concurren 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.)

35

§35. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	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.
Disposiciones estudiadas	Arts. 189º y 317º del C.P.

RESUMEN:

La pluralidad de agentes a la que hace referencia en el inciso 4) del primer párrafo del art. 189º 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.”

36

§36. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Penal	Momento de la consumación en el delito de robo.
Disposiciones estudiadas	Art. 188º del C.P.

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 dispositivos- permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *contrectatio* -que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la *amotio* -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.)

37

§37. 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	Amazonas. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Criterios para diferenciar Robo con muerte subsecuente o concurrente y Asesinato por conexión
Disposiciones estudiadas	Arts. 188º y 189º del C.P.

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)."

13. DESAPARICIÓN FORZADA

§38. El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato.
Las lesiones como

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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Delito de desaparición forzada.
Disposiciones estudiadas	Arts. 320 del C.P.; 7°.1 y 29° del E.C.P.I.

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 16 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 7° 1)i) “crimen de lesa humanidad de desaparición forzada”-, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7° 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 artí-

culo 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 Cruelles, 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 [MONTTOYA 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 MODELELL 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.

- 14°. 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, “...sustraе 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 17º 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 sicionormativa 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 funcional 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.)

14. LAVADO DE ACTIVOS

§39. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Penal	Delito de lavado de activos.
Disposiciones estudiadas	Arts. 323º, 324º y 325º del C.P.; Ley 27765.

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 304º) en el Título 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 socioeconómico, 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 Título 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].

- 8º. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323º a 325º 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 C.P.), 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 blanqueo 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 simultánea 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 SILDARRIAGA. 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 tráfico 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 pluri-ofensiva 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 partícipes, del delito que genere 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 ^opráctica 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 los 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 de-

lito 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 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 limite 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 con-*

ducta 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 CAFETZOGUS 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 al-*

guno (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 278° 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 3° 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 constatare 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 párrafo 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.)

§40. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.
Disposiciones estudiadas	296°-A y 296°-B del C.P.; 94° del A.C.P.P.; 311°, 312°, 314°, 315° 1, 315° 2 y 203° 2 del N.C.P.P.; Ley N° 27765.

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 intercalación –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 1988 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 oculta-

miento 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 petitionarlas. 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 303º.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 I; 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 Pérdida 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.)

15. APROPIACIÓN ILÍCITA

§41. Configuración del delito de Apropiación Ilícita

Sentencia de Casación	0301-2011-LAMBAYEQUE.
Fecha	04 de octubre del 2012.
Procedencia	Lambayeque. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Vocales Integrantes de la Sala	Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Derecho Penal	Configuración del delito de apropiación ilícita
Disposiciones estudiadas	Arts. 190º y 192º del C.P.

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. 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.
- 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, esto es haber recibido el objeto de manera ilícita en depósi-

to, 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. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores.
- 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.

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.

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.
- 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.
- 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 absolucón; 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.”

16. DELITOS TRIBUTARIOS

§42. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Regularización de los delitos tributarios.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 189° del CT; 7° y 8° de la LPT.

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 I- 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 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 condi-*

ciones 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.”

17. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

§43. Alcances interpretativos de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP.

Sentencia de 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.
Jueces Supremos Con Voto en Mayoría	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado y Rozas Escalante.
Juez Supremo Con Voto Singular	Salas Arenas.
Derecho Penal	Alcances interpretativos 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.

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.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

- 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 maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría de edad 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, prevaleciéndose 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 (...) [1].
- 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 etáreo que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico (artículo 46 del Código Penal).

[1] ABEL CORNEJO, *Estupefacientes – Segunda Edición actualizada* - Editorial Ribunzal Culsoni Editores – 2009, Argentina, pp. 176-177.

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^[2]; y b. Junto 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

[2] 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 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.

del Derecho Penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales^[3].

- 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^[4].

[3] 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.

[4] 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^[5].

- 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.

[5] Ver la sentencia emitida en el Exp. N° 03425-2010-PHC/TC-Lima, del 14 de enero de 2011.

- 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].

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 transforma 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.^[6]

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 en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos^[7]. 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^[8]. 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

[6] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 77.

[7] BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Akal, Madrid, 1990, p. 36.

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112.

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.

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 transcurso 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 quantum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal, tan es así que incide en el quantum 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 proporcionalidad.
- 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	$331 \times 2 = 662$ (duplica de días de detención): dimensión mayor a 120 días-multa	Compurgada

Por ello: Mi voto es porque se declare compurgada la pena de multa.

17. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

§44. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	González 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.
Derecho Penal	Delito de TID, Correo de drogas, y su agravante.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del C.P.

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, estupefáciantes 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. 297° 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.

- 8°. 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 368° 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 297° 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.

- 9°. 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.

- 10°. 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 296° 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 vínculo 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 dé 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".

45

§45. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Penal	Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de interpretación.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del C.P.

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 297º 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 297º del Código Penal.”

§46. Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID

Recurso de nulidad	352-2005-CALLAO.
Fecha	16 de marzo de 2005.
Procedencia	Callao. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID.
Disposiciones estudiadas	Ley 28002.

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, tercero, que si fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base, no se podrá reducir la pena.*

FUNDAMENTOS:

“6°. Que para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las partes conminadas en los artículos doscientos noventiseis y doscientos noventa y siete 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 noventiseis), no se podrá reducir la pena.”

18. PECULADO

§47. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Santos Peña, Rojas Maraví y Calderón Castillo.
Derecho Penal	Estructura típica del delito culposo de peculado.
Disposiciones estudiadas	Art. 387º del C.P.

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:

- “4º. 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 387º 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"*.

§48. 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	Lambayeque. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Derecho Penal	Diferencia entre los delitos de Peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.
Disposiciones estudiadas	Arts. 391º y 392º del C.P.

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.
- 6°. 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.”

§49. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo
Derecho Penal	Delito de Peculado. Definición y acción típica.
Disposiciones estudiadas	Art. 387º del C.P.

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 desdobra 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.”

19. OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES

§50. 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	Arequipa. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Derecho Penal	Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público.
Disposiciones estudiadas	Art. 377º del C.P.

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:

“5º. 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.)

20. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

§51. 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.
Ponente	Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Penal	Excepción de Cosa Juzgada en los delitos de Asociación Ilícita para delinquir.
Disposiciones estudiadas	Arts.14º.7 del P.I.D.C.P.; 139º.13 de la Const.; 78º, 90º y 317º del C.P.; y 5º del ACPP.

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 efectos 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.”

21. TERRORISMO

§52. Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal

Consulta	126-2004.
Fecha	20 de diciembre de 2004.
Procedencia	Sala Penales Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de concurso ideal.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley N° 25475.

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:

“3º. 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."

§53. Interpretación del delito de Terrorismo

Recurso de nulidad	3048-2004-LIMA.
Fecha	21 de diciembre de 2004.
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Interpretación del delito de Terrorismo.
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.”

54

§54. Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad

Recurso de nulidad	1062-2004-LIMA.
Fecha	21 de diciembre de 2004.
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley 25475.

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.

- 7°. 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 considerada 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 incurso 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.”

ÍNDICE ESPECÍFICO: DERECHO PROCESAL PENAL		
II	DERECHO PROCESAL PENAL	
1	GARANTÍAS PROCESALES	
I	DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
§55	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 03-2007-HUAURA, del 07.11.07	
	Presunción de inocencia y motivación de sentencias.	
II	DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES	
§56	ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116, del 06.12.11	
	Motivación escrita de resoluciones.	
III	DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE	
§57	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 54-2009-LA LIBERTAD, del 20.06.10	
	La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones.	
IV	DERECHO DE DEFENSA	
§58	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 281-2011-MOQUEGUA, del 16.08.12	
	Contenido del Derecho a la defensa y el Derecho a la prueba en el proceso penal.	
§59	R.N. N° 956-2011- UCAYALI, del 21.03.12	
	Alcances del Principio de Imputación necesaria.	
V	DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL	
§60	SENTENCIA PLENARIA N° 01-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13	
	Determinación del plazo del acto de fundamentación del Recurso de Nulidad	
§61	R.N. N° 302-2012 HUANCANELICA, del 08.07.13	
	Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de nulidad.	
§62	ACUERDO PLENARIO N° 5-2007/CJ-116, del 16.11.07	
	La non reformatio in peius y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena.	
§63	R.N. N° 798-2005-ICA, del 22.08.05	
	Inmutabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de nulidad.	
§64	R.N. N° 1004-2005-HUANCANELICA, del 25.05.05	
	Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación.	
VI	DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL	
§65	ACUERDO PLENARIO N° 1-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13	
	Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio.	
§66	ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116, del 26.03.12	
	Audiencia de Tutela e imputación suficiente.	
§67	ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116, del 16.11.10	
	Audiencia de Tutela.	

§68	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 01-2007-HUaura, del 17.05.07
	Admisibilidad del Recurso de Casación: errónea interpretación de la Ley Penal y defecto de logicidad.
vii	DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
§69	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 171-2011-LIMA, del 16.08.12
	Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia.
viii	PRINCIPIO A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL- RECUSACIÓN
§70	ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116, del 16.11.07
	Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo.
ix	PRINCIPIO NE BIS IN IDEM
§71	R.N. N° 2090-2005-LAMBAYEQUE, del 07.06.06
	<i>Ne bis in idem material.</i>
x	PRINCIPIO ACUSATORIO
§72	QUEJA N° 1678-2006-LIMA, del 13.04.07
	Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal.
xi	JUEZ LEGAL
§73	R.N. N° 2448-2005-LIMA, del 12.09.05
	Juez legal. Criterios para la fijación de competencia.
2	DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL
§74	ACUERDO PLENARIO N° 4-2012/CJ-116, del 24.01.13
	Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos.
§75	ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116, del 06.12.11
	Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.
3	DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA
§76	ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116, del 13.10.06
	Cuestión previa e identificación del imputado.
4	DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
§77	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 144-2011-ANCASH, del 11.07.13
	Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas.
§78	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 66-2010-ICA, del 26.04.11
	Control de plazo de las diligencias preliminares.
§79	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 02-2008-LA LIBERTAD, del 03.06.08
	Los plazos de la investigación preparatoria.
5	BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS
§80	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 45-2012-CUSCO, del 13.08.13
	El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado.
§81	ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/CJ-116, del 17.03.13
	La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura.
§82	ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116, del 16.11.10
	Incautación.

ÍNDICE ESPECÍFICO: DERECHO PROCESAL PENAL

6	MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL
§83	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 328-2012-ICA, del 17.10.13 El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso.
§84	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 391-2011-PIURA, del 18.06.11 Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia.
§85	R.N. N° 4216-2009-LIMA, del 25.04.11 (VINC) Vigencia de la Ley N° 29499 respecto de los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención.
7	DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL
§86	ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116, del 06.12.11 Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.
§87	ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116, del 16.11.07 Valor probatorio de la pericia no ratificada.
§88	R.N. N° 1768-2006-LORETO, del 12.07.06 Límites a la actuación de la prueba en los juicios a reos ausentes.
§89	ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116, del 30.09.05 Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado.
§90	R.N. N° 1912-2005-PIURA, del 06.09.05 Prueba indiciaria y presunción de inocencia.
§91	R.N. N° 3044-2004-LIMA, del 01.12.04 Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso, y la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista.
8	AUDIENCIAS PREVIAS
§92	ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116, del 13.11.09 El Control de la Acusación Fiscal.
9	DEL JUICIO ORAL
§93	ACUERDO PLENARIO N° 5-2012/CJ-116, del 29.01.13 La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral.
§94	R.N. N° 4040-2011-LIMA, del 29.11.12 Inconcurencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral.
§95	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 159-2011-HUAYANA, del 22.05.12 Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito.
§96	ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116, del 18.07.08 Conclusión anticipada. La conformidad.
§97	ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116, del 16.11.07 Desvinculación procesal.
§98	ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116, del 13.10.06 Declaración de Contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales.

§99	R.N. N° 1450-2005-LIMA, del 31.08.05
	Desvinculación de la acusación: modificación de la calificación penal en el delito de colaboración terrorista.
§100	R.N. N° 2206-2005-AYACUCHO, del 12.07.05
	Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos.
§101	R.N. N° 1766-2004-CALLAO, del 21.09.04
	Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpretación de los artículos 1º-5º de la Ley N° 28122.
10	AUDIENCIA DE APELACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL
§102	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 195-2012-MOQUEGUA, del 05.09.12
	La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el Juicio de Apelación.
§103	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 183-2011-HUAURA, del 05.09.12
	Obligatoriedad de la asistencia del imputado a la Audiencia de apelación.
11	PROCESOS ESPECIALES
§104	SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 63-2011-HUAURA, del 24.04.12
	Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.
§105	ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116, del 16.11.10
	Acusación Directa y proceso inmediato.
§106	ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116, del 13.11.09
	La Terminación Anticipada del proceso penal.
§107	SENTENCIA DE CASACIÓN N° 437-2012-SAN MARTÍN, del 19.09.13
	Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria.

55

1. GARANTÍAS PROCESALES

i. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

§55. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 03-2007-HUAURA, del 07.11.07

Sentencia de Casación	03-2007-HUAURA.
Fecha	07 de noviembre de 2007.
Procedencia	Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Derecho Procesal Penal	Presunción de inocencia y Motivación de sentencias.
Disposiciones estudiadas	Arts. II T. P., 425º.2 y 429º del N.C.P.P.

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 presencié 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 intelectual–.

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 sentencia casatoria 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.)

56

ii. DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

§56. 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.
Ponentes	San Martín Castro y Villa Bonilla.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Motivación escrita de resoluciones.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º de la Const. ; 120º, 123º y 361º del N.C.P.P.

RESUMEN:

*La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139º.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° NCCP. 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 circunstancias 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 consecuencia prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa pro

cesal 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 medida 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.)

iv. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE

§57. La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones.

Sentencia de Casación	54-2009-LA LIBERTAD.
Fecha	20 de junio 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.
Derecho Procesal Penal	La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones.
Disposiciones estudiadas	Arts. 144º, 343º y 344º.1 del NCPP.

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 144º 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 Público 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 343° 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 144° 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 344°.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 144°.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 144° 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 344°.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.

iv. DERECHO DE DEFENSA

§58. Contenido del derecho a la defensa y derecho a la prueba en el proceso penal

Sentencia de Casación	281-2011-MOQUEGUA.
Fecha	16 de agosto de 2012.
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Contenido del derecho a la defensa y derecho a la prueba en el proceso penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º de la Const.; 8º.2 de la CADH; 14º.3, "d" del PIDCP; 11º DUDH.

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 8º, 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 139º, 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.

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 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. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 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

estas materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición.

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 139º, 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 11º 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 14º, 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 abogado. Por su parte, el artículo 8º, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede el inculcado 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 Nº 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.

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.

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.

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 N° 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, 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 transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 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 absolversele 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 Pari 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 Pari Aguilar, quien se opuso al pago, 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 N° 1758-2008-SGL-MPI, el procesado Parí 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 Parí 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 su 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.)

59

§59. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Derecho Procesal Plenario	Alcances del principio de imputación necesaria.
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 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 N° 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 inescrupulo-

samente 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.)

iv. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL.

§60. Determinación del plazo del acto de fundamentación del Recurso de Nulidad

Sentencia Plenaria	Nº 01-2013/301-A.2-ACPP.
Fecha	06 de agosto del 2013.
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Pariona Pastrana, Neyra Flores y San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Juez Supremo con fundamento propio	Pariona Pastrana.
Derecho Procesal Penal	Determinación del plazo del acto de fundamentación del Recurso de Nulidad.
Disposiciones estudiadas	Art. 300º.5 del ACCP.

RESUMEN:

El plazo de diez días, al que hace referencia al apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación; esto es así en caso el recurso se interponga por escrito, fuera de la audiencia.

FUNDAMENTOS:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que mediante Ejecutoria Suprema Vinculante, de veinticinco de mayo de dos mil cinco, recaída en el recurso de nulidad número 1004-2005/Huancavelica, publicada en el diario oficial El Peruano, el viernes tres de junio de dos mil cinco, la Sala Penal Permanente decidió, en su tercer fundamento jurídico, que el plazo de diez días, al que hace referencia al apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales, 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 de la audiencia.

SEGUNDO. Que, sin embargo, mediante Ejecutoria Suprema Vinculante, del catorce de febrero, del presente año, recaída en el recurso de nulidad número 302-2012/Huancavelica, publicada en el diario oficial El Peruano el martes dieciséis de julio de dos mil trece, la misma Sala Penal Permanente resolvió que el plazo de diez días antes referido, corre desde el día siguiente de la interposición del recurso, sin que se necesite de un requerimiento de notificación.

TERCERO. Que frente a esa disimilitud de criterios, previa comunicación a la Sala Penal Transitoria, se emitió la resolución del dieciocho de julio de dos mil trece, en cuya virtud se resolvió convocar al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cumplimiento con lo dispuesto por el artículo trescientos uno-A apartado dos, del Código de Procedimientos Penales.

CUARTO. Que por Resolución Administrativa número 253-2013-P-PJ, del uno de agosto de dos mil trece, el señor Presidente del Poder Judicial aprobó la convocatoria al Pleno de los jueces en materia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el día de la fecha, a las doce horas.

QUINTO. Que una vez realizado el debate correspondiente entre los señores jueces supremos integrantes de las salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con la participación de dos señores fiscales supremos, se llegó a una decisión unánime que, en este acto, se formaliza. Expresan el parecer del Pleno los señores PARIONA

PASTRANA y NEYRA FLORES, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

CUARTO. 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, e l 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 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.

QUINTO. Que es claro igualmente, que por imperio del principio de legalidad procesal - y en tanto el proceso es una institución de confi-

guración legal-, corresponde al legislador regular puntual y debidamente el sistema de recursos. Un presupuesto procesal de los recursos relativos a la actividad con 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.

SEXTO. 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.

SÉPTIMO. 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 Dies 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 segun-

do 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.

OCTAVO. 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.

NOVENO. 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 nacido 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.

DÉCIMO. 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 partes tengan la oportunidad de fundamentar con rigor y solvencia sus impugnaciones.

DÉCIMO PRIMERO. 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.

FUNDAMENTO PROPIO:

I. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A. DELIMITACIÓN DEL DEBATE

PRIMERO. El plazo de fundamentación del recurso de nulidad se encuentra establecido en el artículo 300, inciso 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

“5. 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.”

Si bien la norma procesal establece el plazo de fundamentación del recurso de nulidad, oímos observar que no establece cuál es el momento para iniciar el cómputo del plazo antes mencionado. Por ello, el debate girará en torno a la determinación de este momento. Al respecto, existen dos posturas que son las que representan a las dos ejecutorias señaladas en los antecedentes.

SEGUNDO: La primera interpretación considera que el plazo de fundamentación se cuenta desde el momento en el cual el órgano jurisdiccional requiere al impugnante la fundamentación del mencionado recurso. En este sentido se encuentra la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1004-2005-Huancavelica, de fecha 25 de mayo de 2005, la cual señala 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 -el 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 ... ”

TERCERO: 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. El fundamento central de esta interpretación es que no existe una regla procesal que obligue al Tribunal Superior a requerir la fundamentación del recurso de nulidad. Sólo sería posible la exigencia del requerimiento. Por ende, de conformidad con lo dispuesto en la norma procesal (art. 300.5, que debe ser interpretada sistemáticamente contra los arts. 289, 294 y 295)- existe una carga de las partes de fundamentar el recurso de nulidad interpuesto en un plazo no mayor de 10 días, contados desde el día siguiente de la interposición del recurso.

B. ANÁLISIS D E LA PRIMERA INTERPRETACIÓN

CUARTO: Analizando el criterio de la Ejecutoria Suprema que se dejó sin efecto 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 deba comenzar 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 art. 139, numeral 3, de la Constitución Política del Estado.

Efectivamente, la norma procesal no señala cuál es el momento que marca el inicio del plazo para fundamentar. Esta omisión en la norma no puede ser usada como un argumento central para determinar que una 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.

QUINTO: En lo referente al segundo punto, podemos señalar que el art. 139, numeral 3, 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).

SEXTO: Incluso asumiendo la existencia de este principio en nuestro ordenamiento jurídico, debe señalarse que el mismo no es aplicable en el presente debate. No cabe duda posible ahí donde la norma procesal no obliga a las partes a fundamentar el recurso de nulidad interpuesto, y menos aún donde no impone el deber de los Tribunales Superiores de requerir dicha fundamentación.

De la misma opinión es el señor Fiscal Supremo Pablo SÁNCHEZ VELARDE, quien agrega en su informe escrito que: “la solución al tema planteado es que el derecho a los recursos a ser de configuración legal sólo se limitará a las exigencias o reglas procesales que imponga el legislador; siendo esto así, sino está en la ley, está fuera de su configuración legal, por lo que no se puede imponer a las partes una regla procesal que no existe”.

C. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA INTERPRETACIÓN

SÉPTIMO: El principal argumento jurídico con el que podría sustentarse el anterior planteamiento 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.

OCTAVO: Ahondando en la naturaleza jurídica 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 pues no se genera una obligación al recurrente de fundamentar el recurso de nulidad, sino que es una potestad suya el realizarla. Esta potestad surge desde el momento en el cual se produce la interposición del recurso. Al no ser un deber jurídico, sino tratarse de la carga procesal, entonces no existe ningún deber del Tribunal de requerir la fundamentación al recurrente.

D. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL TEMA MATERIA DE DEBATE

NOVENO: El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el tema materia de debate señalando lo siguiente:

“Que si bien los ahora demandantes solicitaron en su oportunidad que el plazo de 10 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 (ff 48 y 49), dicha solicitud es contraria al artículo 300 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 inadmisibles dicho recurso”; en consecuencia, no puede pretenderse que los escritos presentados tengan efectos habilitantes para el cómputo del plazo legalmente establecido.”^[1]

Podemos observar que, aunque con una fundamentación sucinta el Tribunal Constitucional, considera que el plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza a computarse desde el momento en el cual se interpuso el recurso antes mencionado. Cabe 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 como referencia, mas no determina la interpretación que este Supremo Tribunal pueda realizar.

E. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO ANTES MENCIONADO Y SOLUCIONES ADOPTADAS

1. La calificación del recurso

DÉCIMO: Aparentemente la interposición del recurso debería ser calificada, por el Tribunal Superior, de forma previa a que el recurso sea fundamentado por las partes. Ello podría desprenderse de lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimientos penales. Según este razonamiento deben realizarse cuatro actos de forma previa a elevar el recurso de nulidad a la Corte Suprema de Justicia de la República luego de leída la sentencia. A) Las partes debe interponer el recurso de nulidad; b) el Tribunal Superior debe calificar el recurso admitiéndolo; c) las partes deben fundamentar el recurso admitido; y d) El tribunal debe emitir una nueva calificación admitiendo el recurso de nulidad. Una lectura sistemática de la norma procesal -específicamente de los artículos 294, 296, y 300, numeral 5- nos deja claro que en realidad existen tan sólo dos momentos: a) la interposición del recurso con la fundamentación del mismo; y b) La calificación del recurso por parte del Tribunal Superior.

[1] STC. Exp. N° 10227-2006-HC/TC, caso RODRIGUEZ OLIVA, Fundamento Jurídico N° 3.

La calificación del recurso de nulidad sólo podrá ser realizada si este medio impugnatorio ha sido interpuesto y fundamentado. La mera interposición del recurso no impone la existencia de un deber de calificar el recurso, sino tan sólo activa la carga procesal de fundamentar este medio impugnatorio.

2. La notificación de la sentencia

DÉCIMO PRIMERO: La casuística ha demostrado que existen dos problemas en tomo a la notificación de la sentencia, los cuales se podrían complicar por la presente Sentencia Plenaria.

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.

DÉCIMO SEGUNDO: 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, la cual señala en su artículo 139, numeral 5 que:

“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.”

DÉCIMO TERCERO: La praxis judicial ha demostrado que las resoluciones judiciales leídas en audiencia pública no son entregadas directamente a las partes. Esta entrega es justificada alegando que la resolución ha de ser mejorada, llegándose incluso a variar la motivación de la sentencia que ha sido leída en la audiencia. 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.

No es posible la impugnación de una resolución que no se tiene de forma escrita. El objeto de impugnación tiene que ser de conocimiento de las partes que van a recurrir 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 su impugnación, ya que el objeto de esta

no será la motivación expresada en la audiencia, sino la expresada en la resolución escrita.

DÉCIMO CUARTO: Los artículos 289 y 295 del Código de procedimientos penales señalan el plazo para interponer el recurso de nulidad; sin embargo, 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 (presumiéndose que la resolución leída en audiencia es la misma que será entregada al final).

DÉCIMO QUINTO: A efectos de poder realizar un adecuado control de la notificación de la sentencia o auto, se requerirá que el acta de lectura exprese que la misma ha sido notificada a las partes una vez culminado el acto oral. La firma de las partes en este documento dará fe de la notificación.

61

§61. Cómputo del plazo para fundamentar el recurso de nulidad.

Recurso de Nulidad	302-2012-HUANCAVELICA.
Fecha	08 de julio del 2013.
Procedencia	Huancavelica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Tello Gilardi.
Derecho Procesal Penal	Cómputo del plazo para fundamentar el recurso de nulidad.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º de la Const.; 289º, 294º, 295º, 300º y 301º-A del ACP.

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. 289º y 295º 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 mandato 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 inadmisibile dicho recurso”. En consecuencia, no puede pretenderse que los escritos presentados tengan efectos habilitantes para el cómputo del plazo legalmente establecido^[1]. 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.

[1] STC. Exp. N° 10227-2006-HC/TC, caso RODRÍGUEZ OLIVA, Fundamento Jurídico N° 3.

En este caso, estaríamos frente a aplicación inmediata de una regla que fija efectos procesales. Apparentemente 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"^[2].

El efecto generado con la aplicación inmediata de este precedente es la improcedencia de toda fundamentación del recurso de nulidad que no hubiera 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.

[2] STC: EXP. N° 2196-2002-HC/TC, caso SALDAÑA SALDAÑA, Fundamento Jurídico N° 8.

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).

iv. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL

§62. 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.
Ponentes	Lecaros Cornejo.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	La <i>non reformatio in peius</i> y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300º del A.C.P.P.

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 appellatum–, 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 178º-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.”

§63. 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	Ica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Procesal Plenario	Inmutabilidad de la sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de nulidad.
Disposiciones estudiadas	Art. 285º-A del A.C.P.P.

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.”

§64. Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación

Recurso de nulidad	1004-2005-HUANCVELICA.
Fecha	25 de marzo del 2005.
Procedencia	Huancavelica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villa, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Procesal Plenario	Recurso de Nulidad. Plazo para su fundamentación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300º.5 y 301º-A del A.C.P.P.

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 Ancasi 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.)

VI. DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

§65. Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio

Acuerdo Plenario	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.
Ponentes	Pariona Pastrana y Neyra Flores.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Derecho Procesal Penal	Determinación del plazo de fundamentación de recurso impugnatorio.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º.6 y 139º.9 de la Const.; 300º.5 del A.C.P.P.

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 nece-

sidad 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.

3°. 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.

4°. 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.

- 5°. 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.

- 6°. 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.

- 7°. 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 *Dies 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 sólo 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 petitório 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 partes tengan la oportunidad de fundamentar con rigor y solvencia sus impugnaciones.

- 11°. 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.)

§66. Audiencia de tutela e imputación suficiente

Acuerdo Plenario	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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Derecho Procesal Penal	Audiencia de tutela e imputación suficiente.
Disposiciones estudiadas	Arts. 71º, 72º y 336º.2 "b" del N.C.P.P.

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:

- “6°. Los rasgos generales o características esenciales de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° NCPP. 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 forma del Ministerio Público.

El artículo 336°.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”.

- 7°. 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 concluida 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 344º.1, 346º.1, 350º.1, “a” y 352º.2 y 4 NCPP)

- 10º. 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.”

§67. 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
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán, Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Audiencia de tutela.
Disposiciones estudiadas	Art. 71° del N.C.P.P.

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. 71º 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:

- 5º. El artículo 71º 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”.

- 6º. 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

disfrutaban 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 de 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.

- 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 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 159º 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.

- 18º. 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.

- 19°. 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 71° 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.)

§68. Admisibilidad del Recurso de Casación: errónea interpretación de la Ley Penal y defecto de logicidad

Sentencia de casación	01-2007-HUAURA.
Fecha	17 de mayo de 2007.
Procedencia	Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Lecaros Cornejo y Urbina Ganvini.
Derecho Procesal Penal	Admisibilidad del Recurso de Casación: Errónea interpretación de la Ley Penal y defecto de logicidad.
Disposiciones estudiadas	Arts. 428º y 430º.6 del N.C.P.P.

RESUMEN:

La presente impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, como alega la Fiscal, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como la prisión preventiva; por lo que quedaría plenamente justificado inadmitir el recurso de casación planteado. Sin embargo, se asume la concepción de la denominada “voluntad impugnativa” que atiende al contenido y a la pretensión hecha valer por el presente recurso y, en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, se entiende que el recurso en cuestión tiene como motivo específico el previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del código Procesal Penal; por lo que, se declara bien concedido el recurso de casación.

Con respecto a la ilogicidad de la motivación, la Fiscal basa su fundamentación en el incorrecto razonamiento del órgano jurisdiccional

para dictar el mandamiento de prisión preventiva; empero, ese motivo casacional solo procede respecto de la valoración de la prueba, que es un control externo de la exigencia de la motivación racional de la misma, por lo que se declara inadmisibile el recurso respecto a la citada causal.

FUNDAMENTOS:

“**SEGUNDO:** Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código Procesal Penal. Que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a **resoluciones impugnables en casación**, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso un auto expedido en apelación por la Sala Penal Superior que se pronuncia sobre una medida coercitiva personal. Que, siendo así, es evidente, que: *En primer lugar*, que no se trata de una resolución que pone fin al procedimiento penal y, por ende, tampoco causa un gravamen irreparable, en tanto que no resuelve sobre el objeto procesal. *En segundo*, que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva.

TERCERO: Que los fundamentos anteriores justificarían inadmitir el recurso de casación planteado, sin embargo es del caso hacer uso de la facultad que autoriza el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, en tanto que se trata de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención –como medida provisionalísima– y la prisión preventiva –como medida provisional más estable–, ambas de marcada relevancia constitucional al estar coimplicado el derecho a la libertad personal.

CUARTO: Que, no obstante ello, en función al carácter tasado de los motivos de casación es de precisar que el cauce procesal que corresponde al caso sub materia es el previsto por el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del nuevo Código Procesal Penal, y, en consecuencia, sobre ese motivo debe incidir el examen casacional.

Que a estos efectos es de asumir la concepción de la denominada “*voluntad impugnativa*”, atento al contenido o fundamentación y a la pretensión hecha valer mediante el presente recurso –que, por lo demás, ha cumplido con las exigencias formales del apartado uno del artículo cuatrocientos treinta del código acotado-, que incide puntualmente en los alcances del cumplimiento de las normas procesales por el órgano jurisdiccional causantes de nulidad del auto de vista, por lo que, en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, que obliga a una interpretación no formalista de los requisitos de todo recurso impugnatorio, cabe entender que el recurso en cuestión tiene como motivo específico el previsto en el inciso dos del citado artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal.

QUINTO: Que, de otro lado, se ha alegado como segundo motivo de casación la manifiesta *ilogicidad de la motivación del auto recurrido* resaltando la incorrección del razonamiento del órgano jurisdiccional en orden a las exigencias jurídicas para dictar el mandamiento de prisión preventiva; empero, ese motivo casacional sólo procede respecto de la valoración de la prueba, es un control externo de la exigencia de motivación racional de la prueba, por lo que no cabe extenderla al examen de las normas jurídico procesales, a cuyo efecto el cauce idóneo, ya hecho valer incluso, es el de “indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación” de la norma procesal.”

VII. DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

§69. Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia

Sentencia de Casación	171-2011-LIMA.
Fecha	07 de agosto del 2012.
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Neyra Flores.
Derecho Procesal Penal	Expedición de copias por el Ministerio Público y la gratuidad en la Administración de Justicia.
Disposiciones estudiadas	Arts. 2º.2 y 139º.16 de la Const.

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.

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 eco-

nómicos 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 del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del beneficiario. **CRITERIO QUE EN ADELANTE DEBE SER CONSIDERANDO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO”.**

VIII. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL. RECUSACIÓN

§70. 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.
Temática	San Martín Castro.
Vocales integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo.
Disposiciones estudiadas	Art. 31º del A.C.P. P.

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 34º-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 90º del Código de Procedimientos Penales –en especial, el último extremo del apartado uno-.”

IX. PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*§71. Principio *ne bis in ídem* material

Recurso de nulidad	2090-2005-LAMBAYEQUE.
Fecha	17 de junio de 2006.
Procedencia	Lambayeque. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Plenario	Ne bis in ídem material.

RESUMEN:

En virtud al principio ne bis in ídem 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.”

X. PRINCIPIO ACUSATORIO

§72. Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal

Queja	1678-2006-LIMA.
Fecha	13 de abril de 2007.
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Derecho Penal	Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal.

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 accusatore*, 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.”

XI. JUEZ LEGAL

§73. Juez legal. Criterios para la fijación de competencia

Recurso de nulidad	2448-2005-LIMA.
Fecha	12 de setiembre de 2005.
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Procesal Plenario	Ne bis in ídem material.

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 de 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 e

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 men-
ción 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 eje-
cutado 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.”

2. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL

§74. 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.
Derecho Procesal Penal	Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos.
Disposiciones estudiadas	Decreto Legislativo N° 1068.

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 apersona-

miento 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.

13°. 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.

14°. 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.

15°. 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 N° 017-2008-JUS, concordado con lo dispuesto en el numeral 6.4, inciso a), de la Directiva N° 002-2011-JUS/CDJE, de 12 de julio de 2011, emitida por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

16°. 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.

2. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL

§75. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Requisitos, oportunidad y forma de la constitución del actor civil.
Disposiciones estudiadas	Arts. 11º.1, 12º.3, 98º, 100º y 102º del N.C.P.P.

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.

- 8°. 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].
- 9°. El artículo 139°, 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*.

- 10°. 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”*.

13°. El citado artículo 98° 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.

14°. 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 100° 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 98°.

15°. Como se advierte del párrafo 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 dili-

gencias 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.”

3. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA

§76. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Procesal Penal	Cuestión Previa e identificación del Imputado.
Disposiciones estudiadas	Arts. 3º de la Ley Nº 27411 y 77º del A.C.P.P.

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 3º 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.)

4. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

§77. Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas.

Sentencia de Casación	144-2011-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.
Derecho Procesal Penal	Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 146°, 334°.2 y 342° del NCPP.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

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 di-

ligencias 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, 5 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.

78

§78. Control de plazo de las Diligencias Preliminares.

Sentencia de 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, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Penal	Control de plazo de las diligencias preliminares.
Disposiciones estudiadas	Arts. 3º, 330º y 334º.2 del NCPP.

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.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal penal, como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares son de días naturales y no hábiles (*Apartado III*).

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.

4. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

§79. Los plazos de la investigación preparatoria

Sentencia de casación	02-2008-LA LIBERTAD.
Fecha	03 de junio de 2008.
Procedencia	La Libertad. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Ponce de Mier, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Urbina Ganvini.
Derecho Procesal Penal	Los plazos de la investigación preparatoria.
Disposiciones estudiadas	Arts. 334º, 337º y 342º del N.C.P.P.

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 límite 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.”

5. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS.

§80. El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado.

Sentencia de 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.
Derecho Procesal Penal	El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado.
Disposiciones estudiadas	Arts. 222º y 218º.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.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

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 (*Apartado II*).

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 tuvieran 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 expreso 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^[1], 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*

[1] Sentencia de Casación N° 342-2011, Sala Penal Permanente, del 02 de julio de 2013.

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.

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.

81

§81. 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.
Derecho Procesal Penal	La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura.
Disposiciones estudiadas	Arts. 157°.1, 173°.2, 220°.5, 221°.1 y 232° del NCPP. y Resolución N° 729-2006-MP-FN.

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

9°. 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 N° 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).

10°. 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 párrafo 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, etiqueta-

miento –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 figura tomada de la realidad, a la que tiñe de valor jurídico con el fin 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

13°. 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.

14°. 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.

5. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

§82. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Incautación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 102º, 200º.3, 203º, 218º, 219º, 220º, 221º, 222º, 223º, 254º.1, 259º, 316º.1, 317º.2, 318º, 319º y 320º del N.C.P.P.

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 párrafos 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 párrafo 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 suceder 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.)

83

6. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL.

§83. El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso.

Sentencia de Casación	328-2012-ICA.
Fecha	17 de octubre del 2013.
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.
Derecho Procesal Penal	El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en todos los casos.
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 medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria ..."*, 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.

§84. Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia.

Sentencia de 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.
Derecho Procesal Penal	Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia.
Disposiciones estudiadas	Arts. 283º, 433º.1 y 497º.1 del NCPP.

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.

6. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

§85. Vigencia de la Ley N° 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Penal	Vigencia de la Ley N° 29499 en los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del C.P.; Ley N° 29499.

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.)

7. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

§86. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.
Disposiciones estudiadas	Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la C.P.I.

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 retractación 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 inculpativa 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.

- 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 dote, 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 inculminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpaación 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 inculpatario, en los delitos 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 –padraastro, 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 inculpativa 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.

- 32°. 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 genitállica-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.
- 33°. 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.
- 34°. 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.

- 35°. 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].

- 36°. 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:

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. 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.)

§87 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Valor probatorio de la pericia no ratificada.
Disposiciones estudiadas	Art. 259º del A.C.P.P.

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”

§88. 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	Loreto. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Penal	Vigencia de la Ley N° 29499 en los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del C.P.; Ley N° 29499.

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.”

§89. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Procesal Penal	Valoración de las declaraciones de coimputados, testigos y agraviados.
Disposiciones estudiadas	Arts. 2º-24, d) de la Const., y 283º del A.C.P.P.

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:

- “6°. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2° numeral 24 literal d) de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283° 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.

- 7°. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del 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. 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 imputación 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.

- 8°. 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.
- 9°. 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.

- 10°. 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.”

§90. Prueba indiciaria y presunción de inocencia

Recurso de nulidad	1912-2005-PIURA,
Fecha	06 de setiembre del 2005.
Procedencia	Piura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro,
Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.	
Derecho Procesal Penal	Prueba indiciaria y presunción de inocencia.
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 Pahn 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.”

§91. 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	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Barrientos Peña, Molina Ordóñez, Palacios Villar y Lecaros Cornejo
Derecho Procesal Penal	Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso.
Derecho Penal	Pena de Inhabilitación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 38° del CP.; 248° y 253° del A.C.P.P.; 5° de la Ley 25475.

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 enten-

der 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."

8. AUDIENCIAS PREVIAS

§92. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	El control de acusación fiscal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 159º.5 de la Const.; 92º.4 de la L.O.M.P.; 1º y 92º del C.P.; 219º, 25º, 229º y 292º del A.C.P.P.; 1º, 60º, 344º.1, 344º.2, 349º.1, 349º.2, 350º.1, 352º.2 y 352º.4 del N.C.P.P.

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° ACP, 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 sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACP, 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.)

9. DEL JUICIO ORAL.

§93. 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.
Derecho Procesal Penal	La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral.
Disposiciones estudiadas	Arts. 349°.1, 350°.1, 355°.5, 363° y 366° del NCPP.

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:

15° 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 esta 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 ejer-

cicio 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 entenderse 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.

16° 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 fin.

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 fin 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).

9. DEL JUICIO ORAL

§94. Inconcurriencia 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	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Neyra Flores, Tello Gilardi y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Inconcurriencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral.
Disposiciones estudiadas	Art. 396º del N.C.P.P.

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 inconcurriencia 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 incomparecencia 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 conjun-

tamente 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.)

§95. Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito.

Sentencia de 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.
Derecho Procesal Penal	Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito.
Disposiciones estudiadas	Arts. 123°.1 y 395° del NCPP, y el art. 139°.5 de la Const.

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 lo 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^[1].

[1] 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.

§96. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Salda- rriaga, 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.
Derecho Procesal Penal	Conclusión anticipada. La conformidad
Disposiciones estudiadas	Arts. 136° del A.C.P.P.; 158°, 372° y 471° del N.C.P.P.; 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 bonam 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 fundamentos 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 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:

- 12°. 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 5° de la Ley número 28122, estatuye que: *“Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto 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 5° 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.

- 13°. 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:

- 14°. 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.

- 15°. 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:

- 16°. 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 bonam 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 denegar 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 45º y 46º 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 5º 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).

- 18°. 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 bonam partem la primera sentencia para atenuar la pena.*

Conformidad y confesión sincera:

- 19°. 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 136° 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 5°.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 reconocimiento de los hechos; una declaración de ciencia a través del cual el acusado reconoce su participación en el delito 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 jurídicas penales y civiles derivadas del delito.

20°. 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 un 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 acogándose 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.)

§97. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	Desvinculación procesal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 263º, 273º y 283º-A del A.C.P.P.

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:

- “8º. 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 273º y 263º del Código Ritual-, es de observancia obligatoria; el término de com-

paración, 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 declaran 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 incorporó 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.”

**§98. 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.
Vocales Integrantes de la Sala	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Derecho Procesal Penal	Presupuestos materiales de la declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento.
Disposiciones estudiadas	Arts. 205º, 206º, 210º y 318 al 322 del A.C.P.P.; 2º y 3º del D.L. Nº 125; D.L. Nº 959; y 1º de la Ley Nº 26641.

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 incomparecencia 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 decla-

larla 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 escurpulooso.

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 incomparecencia, 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 incomparecencia 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 incompareciente 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 fin 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.”

§99. 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	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Derecho Penal	Colaboración Terrorista.
Derecho Procesal Penal	Modificación de la calificación penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 285º-A del A.C.P.P., 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.)

§100. Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos

Recurso de nulidad	2206-2005-AYACUCHO.
Fecha	12 de julio de 2005.
Procedencia	Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Derecho Procesal Penal	Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos.
Disposiciones estudiadas	Arts. 136º, 281º y 301º-A del A.C.P.P., y 5º de la Ley 28122.

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 281º 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 artículo cinco de la ley número 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 partícipe 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 más 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.)

**§101. Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral.
Interpretación de los artículos 1º-5º de la Ley N° 28122**

Recurso de nulidad	1766-2004-CALLAO.
Fecha	21 de setiembre de 2004.
Procedencia	Callao. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Barrientos Peña, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Derecho Procesal Penal	Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral.
Disposiciones estudiadas	Arts. 1º al 5º de la Ley 28122.

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 advierte 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.”

10. AUDIENCIA DE APELACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

§102. La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el juicio de Apelación.

Sentencia de 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.
Derecho Procesal Penal	La valoración de la prueba y el principio de inmediación en el Juicio de Apelación.
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 se 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, pre-constituída 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^[1] el valor de la doble 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

[1] FERRAJOLI, Luigi, “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquía”. En: Nueva Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, 1996.

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.

10. AUDIENCIA DE APELACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

§103. Obligatoriedad de la presencia del imputado a la Audiencia de Apelación

Sentencia de casación	183-2011-HUAURA.
Fecha	05 de setiembre del 2012.
Procedencia	Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Obligatoriedad de la presencia del imputado a la Audiencia de Apelación.
Disposiciones estudiadas	Arts. 396º, 423º y 425º.4 del N.C.P.P.

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 –HUaura,, 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.)

11. PROCESOS ESPECIALES

§104. Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal

Sentencia de casación	63-2011-HUAURA.
Fecha	24 de abril del 2012.
Procedencia	Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Vocales Integrantes de la Sala	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Derecho Procesal Penal	Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 184º, 185º, 186º, 187º y 188º del N.C.P.P.

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, transcripción 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 n° 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 Llamoya Hilaes) 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 n° 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 fáctica y jurídica que debe realizarse 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

SENTENCIA DE CASACIÓN N° 63-2011-HUAURA

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.)

§105. 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
Vocales Integrantes de la Sala	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Derecho Procesal Penal	Acusación directa y proceso inmediato.
Disposiciones estudiadas	Arts. 336º.4, 446º, 447º y 448º del N.C.P.P.

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 proceso 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 concurren 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 párrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.”

§106. La terminación anticipada del proceso penal

Acuerdo Plenario	5-2009/CJ-116.
Fecha	13 de noviembre del 2019.
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho Procesal Penal	La terminación anticipada del proceso penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 161º, 468º.4, 468º.5, 468º.7 y 471º del N.C.P.P.

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 formule 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 desaprobatario del acuerdo o sentencia anticipada [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 reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobado 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 resolutive 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 impugnables 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 concurrido 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

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^[1], incisos 6^[2] y 7^[3] 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

[1] Artículo 2 Principio de oportunidad.

[2] 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).

[3] 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 impugnabile, 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.

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^[4]. 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 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^[5]”, 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,

[4] Cfr. José Antonio Neyra Flores, Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Idemsa Lima- Perú, 2010, pág. 254.

[5] Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006 en su Sexagésimo Periodo de Sesiones.

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 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 quien 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 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 de reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

Esta posición se posa no solo en las consideraciones antes expuestas, sino también, en la habilitación legal contenida 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, 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.

ÍNDICE ESPECÍFICO: DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

6 BENEFICIOS PENITENCIARIOS

§108 ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116, del 06.12.11

Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada.

7 CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§109 SENTENCIA DE CASACIÓN N° 118-2010-CUSCO, del 05.05.11

Control judicial en la Ejecución de la pena.

§110 SENTENCIA DE CASACIÓN N° 120-2010-CUSCO, del 05.05.11

Control y ejecución de la sentencia penal.

1. BENEFICIOS PENITENCIARIOS

§108. 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
Vocales Integrantes de la Sala	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.
Derecho de Ejecución Penal	Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46°, 47°, 48° y 53° C.E.P.

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 pe-

riedos 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 intermediación 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 transmite 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 loca-

lización 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^[1].

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

[1] 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.

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^[2].

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 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

[2] 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°.

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 penas, 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]^[3].

- 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.)

^[3] 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].

2. CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§109. Control judicial en la Ejecución de la pena.

Sentencia de 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, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho de Ejecución Penal	Control judicial en la Ejecución de la pena.
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 cuatrocientos 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.

§110. Control y ejecución de la sentencia penal.

Sentencia de 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, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho de Ejecución Penal	Control y ejecución de la sentencia penal.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29.4º, 488º y 489º del NCPP.

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.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

CUARTO: Que, conforme se ha sostenido en la resolución que declara bien concedido el recurso de casación excepcional interpuesto 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".

ÍNDICE ANALÍTICO

I.- DERECHO PENAL

A. PARTE GENERAL

1. EL HECHO PUNIBLE. BASES DE PUNIBILIDAD.

§1. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 367-2011-LAMBAYEQUE, del 15.07.13

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.

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.

§2. ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116, del 13.11.09

Las rondas campesinas y el derecho penal.

RESUMEN:

Partiendo de lo dispuesto en el Artículo 149° 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 8°, 2 del Convenio N° 169° 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 20°,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 14°,15 o 21° del Código Penal). Por último deberá graduar la pena considerando el principio de adecuación de las medidas de reacción social (establecido en el Artículo 10° del Convenio N° 169 de la OIT).

2. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL.

§3. ACUERDO PLENARIO N° 2-2006/CJ-116, del 13.10.06

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

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.

§4. R.N. N° 1920-2006-PIURA, del 08.08.06

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

RESUMEN:

La modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal. Un supuesto cambio jurisprudencial 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.

§5. R.N. N° 1500-2006-PIURA, del 17.07.06

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

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.

§6. SENTENCIA PLENARIA N° 2-2005/DJ-301-A, del 30.09.05

Sustitución de penas por retroactividad benigna.

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, establecida 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.

3. DE LAS PENAS.

i. CLASES DE PENAS

§7. ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116, del 13.11.09

La ejecución de la pena de inhabilitación y el recurso impugnatorio.

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.

§8. ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116, del 18.07.08

La pena de inhabilitación.

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 accesorio, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado, lo que conlleva a que no sea posible que su imposición ex officio pues vulneraría la garantía de defensa procesal toda vez que un ámbito del fallo sería sorpresivo.

ii. DETERMINACIÓN DE LA PENA.

§9. ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116, del 16.11.10

Determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel.

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.

§10. ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116, del 13.11.09

Determinación de la pena y concurso real de delitos.

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 aquella 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 aquella 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.

§11. ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116, del 18.07.08

Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

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.

§12. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 2860-2006-AN-CASH, del 25.06.07

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.

§13. R.N. N° 367-2004-SANTA, del 23.02.05

Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación.

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.

iii. REFUNDICIÓN DE PENAS.

§14. R.N. N° 4052-2004-AYACUCHO, del 10.02.05

Refundición de penas en concurso real retrospectivo.

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.

iv. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

§15. R.N. N° 2476-2005-LAMBAYEQUE, del 20.04.06

Suspensión de la ejecución de la pena – condena no pronunciada.

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.

4. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA.

§16. ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116, del 26.03.12

Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal del 2004.

RESUMEN:

El Acuerdo Plenario N° 1-2010 analizó la naturaleza del artículo 339°.1 del Código Procesal Penal de 2004, decretando que en 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 339°.1 ha

recibido influencia directa de la reforma procesal penal chilena. En efecto, el artículo 223° del Código Procesal Penal de Chile regula la institución de la suspensión de la prescripción acción penal, y toda vez que el artículo 339°.1 de nuestra legislación procesal se basa en el 223° del Código Procesal Penal chileno, se desprende –desde una visión comparada– el respaldo a la posición del Acuerdo Plenario N° 1-2010. En lo que respecta a su evolución histórica, la interpretación del artículo 339°.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 121° y 122° 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 N° 1-2010.

§17. ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116, del 06.12.11

Nuevos alcances de la prescripción con referencia a la intervención del extraneus.

RESUMEN:

El autor de un delito contra la Administración Pública 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.

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, esta 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.

§18. ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116, del 16.11.10

Prescripción: problemas actuales.

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. 440°.5 del CP no indica el plazo extraordinario de la prescripción en dichas situaciones, en base a una interpretación sistemática del art. 83° 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. 339°.1 del NCPP regula expresamente una suspensión "sui generis", diferente a la regulada en el art. 84° 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.

§19. ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116, del 13.11.09

La prescripción de la acción penal en el art. 46ª-A y el art. 49ª del código penal.

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 46ª-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 49º 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.

§20. ACUERDO PLENARIO N° 6-2007/CJ-116, del 16.11.07

Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

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 procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal.

§21. ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116, del 16.11.07

Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad.

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.

5. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

§22. R.N. N° 104-2005-AYACUCHO, del 16.03.05

Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación.

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.

6. DE LA REPARACIÓN CIVIL.

§23. ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116, del 13.10.06

Reparación civil y delitos de peligro.

RESUMEN:

En los delitos de peligro no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos 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, es de carácter supraindividual.

7. CONSECUENCIAS ACCESORIAS.

§24. ACUERDO PLENARIO N° 7-2009/CJ-116, del 13.11.09

Las Personas Jurídicas y consecuencias accesorias.

RESUMEN:

La aplicación de las consecuencias jurídicas deberá darse en con el respeto de todas las garantías que no desvirtúen su naturaleza, como son las de defensa procesal y las de tutela jurisdiccional efectiva. En este sentido, **a)** el Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada -o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción-, a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado; **b)** la persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado y deberá ser notificada; **c)** la persona jurídica tiene los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral, en lo que pueda ser aplicado; **d)** la acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica; y, **e)** la persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral.

8. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO.

§25. R.N. N° 3332-2004-JUNÍN, del 27.05.05

Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.

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.

B. PARTE ESPECIAL

9. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA.

§26. ACUERDO PLENARIO N° 3-2006/CJ-116, del 13.10.06

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

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.

10. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL.

§27. ACUERDO PLENARIO N° 1-2012/CJ-116, del 26.03.12

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.

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 170° 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 acuer-

do con los hechos concretos, corresponderá la aplicación de los artículos 172º, 173º-A, 175º y 179º-A del C.P. o 176º-A.3, previo análisis.

§28. ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116, del 06.12.11

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

RESUMEN:

Los arts. 153º, 179º y 181º C.P. 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.

§29. ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116, del 18.07.08

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.

RESUMEN:

Realizando un análisis de los artículos 175º y 176º A del C.P. 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 N° 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.

§30. ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116, del 16.11.07

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

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.

§31. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 148-2010-MOQUEGUA, del 03.07.12

Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.

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 C.P.

§32. R.N. N° 1628-2004-ICA, del 21.01.05

Naturaleza y características del elemento típico “engaño” en el delito de seducción.

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.

11. HURTO.

§33. ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116, del 06.12.11

Delito de hurto.

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.

12. ROBO.

§34. ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116, del 13.11.09

El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo.

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.

§35. ACUERDO PLENARIO N° 8-2007/CJ-116, del 16.11.07

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.

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.

§36. SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, del 30.09.05

Momento de la consumación en el delito de robo.

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.

§37. R.N. N° 3932-2004-AMAZONAS, del 17.02.05

Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión.

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.

13. DESAPARICIÓN FORZADA

§38. ACUERDO PLENARIO N° 9-2009/CJ-116, del 13.11.09

El delito de la desaparición forzada.

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**.

14. LAVADO DE ACTIVOS.

§39. ACUERDO PLENARIO N° 3- 2010/CJ-116, del 16.11.10

Delito de lavado de activos.

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.

§40. ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116, del 06.12.11

Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.

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 Pérdida de Dominio N° 29212.

15. APROPIACIÓN ILÍCITA.

§41. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 0301-2011-LAMBAYEQUE, del 04.10.12

Configuración del delito de Apropiación Ilícita.

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.

16. DELITOS TRIBUTARIOS.

§42. ACUERDO PLENARIO N° 2-2009/CJ-116, del 13.11.09

La Regularización Tributaria.

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.

17. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

§43. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 126-2012-CA-JAMARCA, del 13.06.13

Alcances interpretativas de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del C.P.

RESUMEN:

Los requisitos que exige el inciso 2 del artículo 297° de nuestro C.P. 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.

§44. ACUERDO PLENARIO N° 3-2008/ CJ – 116, del 18.07.08

Delito de TID, Correo de drogas, y su agravante.

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. 297° 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.

§45. ACUERDO PLENARIO N° 3-2005/CJ-116, del 30.09.05

Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de interpretación.

RESUMEN:

La agravante del delito de TID regulada en el inciso 6 del art. 297° 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.

§46. R.N. N° 352-2005-CALLAO, del 16.03.05

Adecuación de penas por modificaciones de la Ley N° 28002-TID.

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, tercero, 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.

18. PECULADO.

§47. R. N. N° 4500 – 2005 - JUNÍN, del 06.09.07

Estructura típica del delito de peculado culposo.

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 sus-tracciones y no al término impreciso de pérdidas.

§48. R.N. N° 2212-2004-LAMBAYEQUE, del 13.01.06

Diferencia entre los delitos de Peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.

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.

§49. ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116, del 30.09.05

Delito de Peculado. Definición y acción típica.

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.

19. OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES.

§50. R.N. N° 496-2006-AREQUIPA, del 16.07.06

Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público.

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.

20. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

§51. ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116, del 13.10.06

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

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.

21. TERRORISMO.

§52. CONSULTA N° 126 -2004 – LIMA, del 20.12.04

Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal.

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.

§53. R.N. N° 3048-2004-LIMA, del 21.12.04

Interpretación del delito de Terrorismo.

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.

§54. R.N. N° 1062-2004-LIMA, del 22.12.04

Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad.

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.

II.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES.

i. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

§55. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 03-2007-HUAURA, del 07.11.07

Presunción de inocencia y motivación de sentencias.

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.

ii. DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

§56. ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116, del 06.12.11

Motivación escrita de resoluciones.

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.

iii. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE

§57. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 54-2009-LA LIBERTAD, del 20.06.10

La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones.

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.

iv. DERECHO DE DEFENSA.

§58. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 281-2011-MO-QUEGUA, del 16.08.12

Contenido del Derecho a la defensa y el Derecho a la prueba en el proceso penal.

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.

§59. R.N. N° 956-2011- UCAYALI, del 21.03.12

Alcances del Principio de Imputación necesaria.

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 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.

v. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL.

§60. SENTENCIA PLENARIA N° 01-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13

Determinación del plazo del acto de fundamentación del Recurso de Nulidad.

RESUMEN:

El plazo de diez días, al que hace referencia al apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación; esto es así en caso el recurso se interponga por escrito, fuera de la audiencia.

§61. R.N N°302-2012-HUANCAVELICA, del 08.07.13

Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de nulidad.

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.

§62. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2007/CJ-116, del 16.11.07

La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique lesivamente la pena.

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.

§63. R.N. Nº 798-2005-ICA, del 22.08.05

Inmutabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de nulidad.

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.

§64. R.N. Nº 1004-2005-HUANCABELICA, del 25.05.05

Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación.

RESUMEN:

El derecho al recurso forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurispru-

dencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación.

vi. DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

§65. ACUERDO PLENARIO N° 1-2013/301-A.2-ACPP, del 06.08.13

Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio.

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.

§66. ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116, del 26.03.12

Audiencia de Tutela e imputación suficiente.

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.

§67. ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116, del 16.11.10

Audiencia de Tutela.

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.

§68. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 01-2007-HUAURA, del 17.05.07

Admisibilidad del Recurso de Casación: errónea interpretación de la Ley Penal y defecto de logicidad.

RESUMEN:

La presente impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, como alega la Fiscal, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como la prisión preventiva; por lo que quedaría plenamente justificado inadmitir el recurso de casación planteado. Sin embargo, se asume la concepción de la denominada “voluntad impugnativa” que atiende al contenido y a la pretensión hecha valer por el presente recurso y, en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, se entiende que el recurso en cuestión tiene como motivo específico el previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del código Procesal Penal; por lo que, se declara bien concedido el recurso de casación.

Con respecto a la ilogicidad de la motivación, la Fiscal basa su fundamentación en el incorrecto razonamiento del órgano jurisdiccional para dictar el mandamiento de prisión preventiva; empero, ese motivo casacional solo procede respecto de la valoración de la prueba, que es un control externo de la exigencia de la motivación racional de la misma, por lo que se declara inadmisibile el recurso respecto a la citada causal.

vii. DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

§69. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 171-2011-LIMA, del 16.08.12

Expedición de copias por el Ministerio Público y gratuidad en la Administración de Justicia.

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.

viii. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN.

§70. ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116, del 16.11.07

Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo.

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.

ix. PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM.

§71. R.N. N° 2090-2005-LAMBAYEQUE, del 07.06.06

Ne bis in ídem material.

RESUMEN:

En virtud al principio ne bis in ídem 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.

x. PRINCIPIO ACUSATORIO.

§72. QUEJA N° 1678-2006-LIMA, del 13.04.07

Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal.

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.

xi. JUEZ LEGAL.

§73. R.N. N° 2448-2005-LIMA, del 12.09.05.

Juez legal. 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.

2. DE LA JUSTICIA Y DE LAS PARTES. PARTE CIVIL.

§74. ACUERDO PLENARIO N° 4-2012/CJ-116, del 24.01.13

Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal en representación de intereses públicos.

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.

§75. ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116, del 06.12.11

Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.

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.

3. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA.

§76. ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116, del 13.10.06

Cuestión previa e identificación del imputado.

RESUMEN:

La ausencia de la inscripción de una persona en el Registro 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 Na-

cional 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.

4. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

§77. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 144-2011-ANCASH, del 11.07.13

Plazo máximo de las Diligencias Preliminares en investigaciones complejas.

RESUMEN:

Tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses.

§78. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 66-2010-ICA, del 26.04.11

Control de plazo de las diligencias preliminares.

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.

§79. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 02-2008-LA LIBERTAD, del 03.06.08

Los plazos de la investigación preparatoria.

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.

5. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS.

§80. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 45-2012-CUSCO, del 13.08.13

El juez es el único encargado de reexaminar y disponer la devolución del bien incautado.

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.

§81. ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/CJ-116, del 17.03.13

La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura.

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.

§82. ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116, del 16.11.10

Incautación.

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 obstaculiza-

ción 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.

6. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL.

§83. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 328-2012-ICA, del 17.10.13

El juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de resolver la prolongación de la prisión preventiva en cualquier etapa del proceso.

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.**

§84. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 391-2011-PIURA, del 18.06.11

Requisitos para la cesación y sustitución de la prisión preventiva por la medida de comparecencia.

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.

§85. R.N. N° 4216-2009-LIMA, del 25.04.11 (VINC)

Vigencia de la Ley N° 29499 respecto de los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención.

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.

7. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

§86. ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116, del 06.12.11

Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.

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 inculpativa 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.

§87. ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116, del 16.11.07

Valor probatorio de la pericia no ratificada.

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.

§88. R.N. N° 1768-2006-LORETO, del 12.07.06

Límites a la actuación de la prueba en los juicios a reos ausentes.

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.

§89. ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116, del 30.09.05

Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado.

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.

§90. R.N. N° 1912-2005-PIURA, del 06.09.05

Prueba indiciaria y presunción de inocencia.

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.

§91. R.N. N° 3044-2004-LIMA, del 01.12.04

Valor de la declaración de testigos en distintas etapas del proceso, y la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista.

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.

8. AUDIENCIAS PREVIAS.

§92. ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116, del 13.11.09

El Control de la Acusación Fiscal.

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.

9. DEL JUICIO ORAL.

§93. ACUERDO PLENARIO N° 5-2012/CJ-116, del 29.01.13

La notificación de testigos y peritos en la Etapa de Juicio Oral.

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.

§94. R.N. N° 4040-2011-LIMA, del 29.11.12

Inconcurriencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral.

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 inconcurriencia del acusado a la audiencia de lectura de sentencia.

§95. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 159-2011-HUAURA, del 22.05.12

Obligación de presentar las resoluciones judiciales de modo escrito.

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.

§96. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116, del 18.07.08

Conclusión anticipada. La conformidad.

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 abar- que 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 bonam partem la primera sentencia para atenuar la pena.

§97. ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116, del 16.11.07

Desvinculación procesal.

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.

§98. ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116, del 13.10.06

Declaración de Contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales.

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 incomparecencia 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.

§99. R.N. N° 1450-2005-LIMA, del 31.08.05

Desvinculación de la acusación: modificación de la calificación penal en el delito de colaboración terrorista.

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. 285°-A del Código de Procedimientos Penales.

§100. R.N. N° 2206-2005-AYACUCHO, del 12.07.05

Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos.

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.

§101. R.N. N° 1766-2004-CALLAO, del 21.09.04

Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpretación de los artículos 1°-5° de la Ley N° 28122.

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.

10. AUDIENCIA DE APELACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

§102. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 195-2012-MOQUEGUA, del 05.09.12

La valoración de la prueba y el derecho de defensa en el Juicio de Apelación.

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.

§103. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 183-2011-HUAURA, del 05.09.12

Obligatoriedad de la asistencia del imputado a la Audiencia de apelación.

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.

11. PROCESOS ESPECIALES.

§104. SENTENCIA DE CASACIÓN VINCULANTE N° 63-2011-HUAURA, del 24.04.12

Aplicación de la cadena de custodia al proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.

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.

§105. ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116, del 16.11.10

Acusación Directa y proceso inmediato.

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 proceso 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.

§106. ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116, del 13.11.09

La Terminación Anticipada del proceso penal.

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 formule 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.

12. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN

§107. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 437-2012-SAN MARTÍN, del 19.09.13

Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria.

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 una 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.

III.- DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. BENEFICIOS PENITENCIARIOS.

§108. ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116, del 06.12.11

Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada.

RESUMEN:

La prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional, ha sido aceptada por el Tribunal Consti-

tucional 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.

2. CONTROL JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§109. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 118-2010-CUSCO, del 05.05.11

Control judicial en la Ejecución de la pena.

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.

§110. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 120-2010-CUSCO, del
05.05.11

Control y ejecución de la sentencia penal.

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.