JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

ESTUDIO PRELIMINAR

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL

TOMO I

ACUERDOS PLENARIOS Y SENTENCIAS PLENARIAS

DOCTRINAS LEGALES

RECURSOS DE NULIDAD

PRECEDENTES VINCULANTES

SUMILLA • CONCORDANCIA • GLOSA

INSTITUTO PACÍFICO

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL

INSTITUTO PACÍFICO

José Luis Castillo Alva

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL

TOMO I

ACUERDOS PLENARIOS Y SENTENCIAS PLENARIAS

—Doctrinas Legales—

Sumilla - Concordancia - Glosa

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO
PACÍFICO

JURISPRUDENCIA VINCULANTE
PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL (TOMO I)

Autor:
© JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA, 2016

Primera edición-octubre 2016

Copyright 2016
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Georgina Condori Choque
Diego Camasca Borja
José Carrascal Quispe

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2016
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051601167
ISBN : 978-612-4328-46-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2016-14337
Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Estudio Preliminar 29

PRIMERA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA
Principios generales

1. Recursos de Nulidad N.° 2090-2005 - Lambayaque: El contenido y los elementos del *ne bis in ídem* material. Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador 57

SECCIÓN SEGUNDA
La ley penal

I.
APLICACIÓN TEMPORAL

1. Acuerdo Plenario N.° 02-2006/CJ-116: Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes 63
2. Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A: Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.° 28002 70
3. Recurso de Nulidad N.° 1500-2006-Piura: Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6 del Código Penal. 77

4. Recurso de Nulidad N.° 1920 -2006-Piura: Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones ... 81

SECCIÓN TERCERA
El hecho punible

I.
BASES DE LA PUNIBILIDAD

1. Acuerdo Plenario N.° 1-2015/CIJ-116 : Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes ... 87

II.
CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Acuerdo Plenario N.° 1-2009/CJ-116: Rondas campesinas y derecho penal ... 102

SECCIÓN CUARTA
Las Penas

I.
CLASES DE PENA

1. Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio ... 121
2. Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116: Alcances de la pena de inhabilitación ... 127

II.
APLICACIÓN DE LA PENA

1. Acuerdo Plenario N.° 08-2009/CJ-116: La prescripción de la acción penal en el artículo 46-A y artículo 49 del Código Penal ... 139
2. Acuerdo Plenario N.°04-2009/CJ-116: Determinación de la pena y concurso real de delitos ... 153

3. Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116: Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena ... 166
4. Acuerdo Plenario N.° 01-2008/CJ-116: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena ... 171

SECCIÓN QUINTA
Extinción de la acción penal y de la pena

1. Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116: Nuevos alcances de la prescripción ... 185
2. Acuerdo Plenario N.° 1-2010/CJ-116: Prescripción: Problemas actuales ... 192
3. Acuerdo Plenario N.° 9-2007/CJ-116: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal 204
4. Acuerdo Plenario N.° 6-2007/CJ-116: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia ... 208
5. Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir ... 213

SECCIÓN SEXTA
La reparación civil y consecuencias accesorias

I.
REPARACIÓN CIVIL

1. Acuerdo Plenario N.° 6-2006/CJ-116: Reparación civil y delitos de peligro ... 221

II.
CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. Acuerdo Plenario N.° 7-2009/CJ-116: Personas jurídicas y consecuencias accesorias ... 226

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE ESPECIAL

SECCIÓN PRIMERA
Delitos contra el honor

I.
INJURIA, CALUMNIA Y DIFAMACIÓN

1. Acuerdo Plenario N.° 3-2006/CJ-116: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información 245

SECCIÓN SEGUNDA
Delitos contra la libertad

I.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

1. Acuerdo Plenario N.° 3-2011/CJ-116: Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: Diferencias típicas y penalidad... 255

II.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. Acuerdo Plenario N.° 01-2012/CJ-116: 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... 264
2. Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.... 293
3. Acuerdo Plenario N.° 04-2008/CJ-116: Aplicación del artículo 173. 3 del Código Penal.. 309
4. Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116: Violación sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704 para la determinación judicial de la pena. 317

SECCIÓN TERCERA
Delitos contra el patrimonio

I.
HURTO

1. Acuerdo Plenario N.º 4-2011/CJ-116: Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del Código Penal 325

II.
ROBO

1. Acuerdo Plenario N.° 03-2009/CJ-116: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo. 334
2. Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116: 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. 342
3. Acuerdo Plenario N.° 5-2015/CIJ-116: El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo... 346
4. Sentencia Plenaria N.° 1-2005/CJ-301-A: Momento de la consumación en el delito de robo agravado 359

III.
EXTORSIÓN Y RECEPTACIÓN

1. Acuerdo Plenario N.º 2- 2012/CJ-116: Diferencias entre delitos de extorsión y receptación de vehículos motorizados objetos de delitos de hurto o robo 365

SECCIÓN CUARTA
Delitos contra la seguridad pública

I.
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

1. Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal 375
2. Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116: Intervención de tres o más agentes. Alcances del art. 297.6 del Código Penal. 383

SECCIÓN QUINTA
Delitos contra la tranquilidad pública

I.
DELITOS CONTRA LA PAZ PÚBLICA

1. Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.. 389

SECCIÓN SEXTA
Delitos contra la humanidad

I.
DESAPARICIÓN FORZADA

1. Acuerdo Plenario N.° 9-2009/CJ-116: Desaparición forzada 397

SECCIÓN SÉTIMA
Delitos contra la administración pública

I.
DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

1. Acuerdo Plenario Extraordinario N.° 1-2016/CIJ-116: El agravante del delito de violencia y resistencia contra la Autoridad Policial: Tipicidad y determinación judicial de la pena 413

II.
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Recurso de Nulidad N.° 496-2006-Arequipa: El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. 424
2. Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116: Definición y estructura típica del delito de peculado (art. 387 del CP). 428
3. Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas. 433
4. Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima: La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo del delito de cohecho pasivo propio 444

SECCIÓN OCTAVA
Normas especiales

I.
DELITOS TRIBUTARIOS

1. Acuerdo Plenario N.° 2-2009/CJ-116: Regularización tributaria 451

II.
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

1. Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116: El delito de lavado de activos 464
2. Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116: Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales 491

III.
DELITO DE TERRORISMO

1. Recurso de Nulidad N.° 1450-2005-Lima: Los alcances típicos del delito de colaboración terrorista 502

TERCERA PARTE
DERECHO PROCESAL PENAL

SECCIÓN PRIMERA
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I
La jurisdicción y competencia

I.
CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. Recurso de nulidad N.° 2448-2005-Lima: La noción del juez legal, la competencia territorial y la excepción de declinatoria de jurisdicción 515
2. Acuerdo Plenario N.° 3-2007/CJ-116: Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo 522

CAPÍTULO II
El Ministerio Público y los demás sujetos procesales

I.
EL IMPUTADO Y EL ABOGADO DEFENSOR

1. Acuerdo Plenario N.° 2-2012/CJ-116: Audiencia de tutela e imputación suficiente 529
2. Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116: Audiencia de tutela... 535
3. Acuerdo Plenario N.° 7-2006/CJ-116: Cuestión previa e identificación del imputado.. 544

II.
LA VÍCTIMA

1. Acuerdo Plenario N.° 4-2012/CJ-116: Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal, en representación de intereses públicos 549
2. Acuerdo Plenario N.° 5-2011/CJ-116: Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma 555

SECCIÓN SEGUNDA
LA ACTIVIDAD PROCESAL

CAPÍTULO I
Preceptos Generales

I.
LA NULIDAD

1. Acuerdo Plenario N.° 5-2007/CJ-116: La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 del CPP). 569

CAPÍTULO II
La prueba

I.
PRECEPTOS GENERALES

1. Recurso de Nulidad N.° 1912-2005-Piura: Los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia. 577
2. Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual 582
3. Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.. 598

II.
LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. Recurso de Nulidad N° 948-2005-Junín: La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. 603
2. Acuerdo Plenario N.° 2-2007/CJ-116: Valor probatorio de la pericia no ratificada. 606
3. Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CIJ-116: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual 611

III.
LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1. Acuerdo Plenario N.° 6-2012/CJ-116: Cadena de custodia: Efectos jurídicos de su ruptura ... 628

CAPÍTULO III
Las medidas de coerción procesal

I.
LA INCAUTACIÓN

1. Acuerdo Plenario N.° 5-2010/CJ-116: Incautación ... 641

SECCIÓN TERCERA
EL PROCESO COMÚN

CAPÍTULO I
La Investigación Preparatoria

I.
LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal del 2004 ... 655
2. Acuerdo Plenario N.° 6-2010/CJ-116: Acusación directa y proceso inmediato ... 662

CAPÍTULO II
La Etapa Intermedia

I.
LA ACUSACIÓN

1. Acuerdo Plenario N.° 4-2007/CJ-116: Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales ... 675
2. Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116: Control de la acusación fiscal ... 682

II.
EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

1. Acuerdo Plenario N°05-2012/CJ-116: Notificación de resoluciones y competencias del Ministerio Público 690
2. Acuerdo Plenario N.° 5-2006/CJ-116: Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales.. 699

CAPÍTULO III
El Juzgamiento

I.
PRECEPTOS GENERALES

1. Acuerdo Plenario N.° 6-2011/CJ-116: Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma 709

II.
EL DESARROLLO DEL JUICIO

1. Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116: Nuevos alcances de la conclusión anticipada... 719

III.
LA DELIBERACIÓN Y LA SENTENCIA

1. Recurso de Nulidad N°. 224-2005-Sullana: Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal.. 741

SECCIÓN CUARTA
LA IMPUGNACIÓN

CAPÍTULO I
Los Recursos

1. Sentencia Plenaria N.° 01-2013/301-A.2-ACPP: Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio 749

CAPÍTULO II
El Recurso de Apelación

I.
LA APELACIÓN DE AUTOS

1. Acuerdo Plenario N.° 1-2012/CJ-116: La apelación de autos y concurrencia de la parte apelante a la audiencia en segunda instancia 763

CAPÍTULO III
La Acción de Revisión

1. Sentencia Plenaria N.° 1-2015/301-A.2-ACPP: Los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad 775

SECCIÓN QUINTA
LOS PROCESOS ESPECIALES

CAPÍTULO I
El Proceso Inmediato

1. Acuerdo Plenario N.° 2-2016/CIJ-116: Proceso penal inmediato reformado. Legitimación y alcances.. 791

CAPÍTULO II
El Proceso de Terminación Anticipada

1. Acuerdo Plenario N.° 5-2009/CJ-116: Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales 825

SECCIÓN SEXTA
LA EJECUCIÓN Y LAS COSTAS

I.
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. Recurso de Nulidad N.° 1538-2005-Lima: La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución. 837
2. Acuerdo Plenario N.° 3-2012: Función y operatividad de la libertad anticipada 840

CUARTA PARTE
Derecho penitenciario

SECCIÓN PRIMERA
BENEFICIOS PENITENCIARIOS

1. Acuerdo Plenario N.° 2-2015/CIJ-116: Beneficios Penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo.. 857
2. Acuerdo Plenario N.° 8-2011/CJ-116: Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada 868

ÍNDICE CRONOLÓGICO

ACUERDOS PLENARIOS

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2005/ESV-22:** Ejecutorias supremas vinculantes

1. **Recurso de Nulidad N.° 224-2005-Sullana:** Los límites del tribunal de instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal ... 741
2. **Recurso de Nulidad N.° 1091-2004-Lima:** La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo del delito de cohecho pasivo propio ... 444
3. **Recurso de Nulidad N.° 948-2005-Junín:** La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil ... 603
4. **Recurso de Nulidad N.° 1538-2005-Lima:** La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución ... 837

I. **Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116:** Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado ... 598

II. **Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116:** Intervención de tres o más agentes. Alcances de art. 297.6 del Código Penal ... 383

III. **Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116:** Definición y estructura típica del delito de peculado (art. 387 CP). 428

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22:** Ejecutorias supremas vinculantes

1. **Recurso de Nulidad N.° 1450-2005 Lima:** Los alcances típicos del delito de colaboración terrorista 502
2. **Recurso de Nulidad N.° 1912-2005 Piura:** Los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia... 577
3. **Recurso de Nulidad N.° 2448-2005 Lima:** La noción del juez legal, la competencia territorial y la excepción de declinatoria de jurisdicción 515

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2006/CJ-116:** Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes... 63

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2006/CJ-116:** Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información 245

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116:** Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.. 389

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2006/CJ-116:** Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales 699

VI. **Acuerdo Plenario N.° 6-2006/CJ-116:** Reparación civil y delitos de peligro.. 221

VII. **Acuerdo Plenario N.° 7-2006/CJ-116:** Cuestión previa e identificación del imputado.. 544

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22:** Ejecutorias supremas vinculantes

1. **Recurso de Nulidad N.° 2090-2005-Lambayeque:** El contenido y los elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador... 57
2. **Recurso de Nulidad N.° 496-2006-Arequipa:** El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales... 424
3. **Recurso de Nulidad N.° 1500-2006-Piura:** Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6 del CP.. 77
4. **Recurso de Nulidad N.° 1920-2006 Piura:** Acuerdos plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones 81

I. **Acuerdo Plenario N.° 2-2007/CJ-116:** Valor probatorio de la pericia no ratificada. 606

II. **Acuerdo Plenario N.° 3-2007/CJ-116:** Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo 522

III. **Acuerdo Plenario N.° 4-2007/CJ-116:** Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales 675

IV. **Acuerdo Plenario N.° 5-2007/CJ-116:** La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 CPP) 569

V. **Acuerdo Plenario N.° 6-2007/CJ-116:** Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia 208

VI. **Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116:** Violación sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704 para la determinación judicial de la pena.. 317

VII. **Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116:** 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 342

VIII. **Acuerdo Plenario N.° 9-2007/CJ-116:** Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal 204

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2008/CJ-116:** Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena ... 171

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116:** Alcances de la pena de inhabilitación ... 127

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116:** Correo de drogas, delito de TID y la circunstancias agravante del artículo 297.6 del Código Penal ... 375

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116:** Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal ... 309

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116:** Nuevos alcances de la conclusión anticipada ... 719

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2009/CJ-116:** Rondas campesinas y derecho penal ... 102

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2009/CJ-116:** Regularización tributaria ... 451

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116:** Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo ... 334

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2009/CJ-116:** Determinación de la pena y concurso real de delitos ... 153

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2009/CJ-116:** Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales ... 825

VI. **Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116**: Control de la acusación fiscal. 682

VII. **Acuerdo Plenario N.° 7-2009/CJ-116** Personas jurídicas y consecuencias accesorias. 226

VIII. **Acuerdo Plenario N.° 8-2009/CJ-116**: La prescripción de la acción penal en el artículo 46-A y artículo 49 del Código Penal. 139

IX. **Acuerdo Plenario N.° 9-2009/CJ-116**: Desaparición forzada 397

X. **Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116**: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio. 121

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2010/CJ-116:** Prescripción: Problemas actuales 192

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116**: Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel de determinación judicial de la pena. 166

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116:** El delito de lavado de activos 464

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116:** Audiencia de tutela. 535

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2010/CJ-116:** Incautación 641

VI. **Acuerdo Plenario N.° 6-2010/CJ-116**: Acusación directa y proceso inmediato. 662

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116**: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual 582

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116**: Nuevos alcances de la prescripción.. 185

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2011/CJ-116:** Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad.. 255

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2011/CJ-116:** Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 Código Penal 325

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2011/CJ-116:** Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma 555

VI. **Acuerdo Plenario N.° 6-2011/CJ-116:** Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma 709

VII. **Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116:** Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales. 491

VIII. **Acuerdo Plenario N.° 8-2011/CJ-116:** Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada 868

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2012/CJ-116:** 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 264

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2012/CJ-116:** Audiencia de tutela e imputación suficiente... 529

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116 :** Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal 2004.. 655

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2012/CJ-116:** La apelación de autos y concurrencia de la parte apelante a la audiencia en segunda instancia... 763

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2012/CJ-116:** Diferencias entre los delitos de extorsión y receptación de vehículos motorizados objetos de delitos de hurto o robo 365

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116:** Función y operatividad de la libertad anticipada 840

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2012/CJ-116:** Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal, en representación de intereses públicos 549

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2012/CJ-116:** Notificación de resoluciones y competencias del Ministerio Público 690

VI. **Acuerdo Plenario N.° 6-2012/CJ-116:** Cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura 628

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario N.° 1-2015/CIJ-116:** Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes 87

II. **Acuerdo Plenario N.° 2-2015/CIJ-116:** Beneficios penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo.. 857

III. **Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116:** La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas 433

IV. **Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CIJ-116:** Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual 611

V. **Acuerdo Plenario N.° 5-2015/CIJ-116:** El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo... 346

II PLENO JURISPRUDENCIAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

I. **Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116:** El agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial: tipicidad y determinación judicial de la pena 413

II. **Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2016/CIJ-116:** Proceso penal inmediato reformado. Legitimación y alcances 791

SENTENCIAS PLENARIAS

- Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A: Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.° 28002 70
- Sentencia Plenaria N.° 1-2005/CJ-301-A: Momento de la consumación en el delito de robo agravado 359
- Sentencia Plenaria N.° 01-2013/301-A.2-ACPP: Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio 749
- Sentencia Plenaria N.° 1-2015/301-A.2-ACPP: Los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad... 775

Estudio Preliminar

I. IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

1. La importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho es un aspecto que hoy nadie puede negar en el desarrollo y evolución del derecho contemporáneo, tanto la que tiene que ver con los altos Tribunales de justicia nacionales en el campo de la justicia ordinaria (Corte Suprema) y la justicia constitucional (Tribunal Constitucional) como la jurisprudencia internacional que proviene de distintos ámbitos como el Sistema Internacional de los Derechos Humanos (regional: Corte Interamericana de Derechos Humanos; mundial: Comité de Derechos Humanos) o los diversos Tribunales internacionales (v. gr. Tribunal Penal Internacional) que a través de sus fallos poseen un efecto vinculante, por lo menos persuasivo, en los diversos niveles de la jurisdicción.

   La trascendencia y el valor de la jurisprudencia en las diversas ramas del derecho (administrativo, civil, comercial, laboral) alcanza, tal vez su pico más alto, en el campo del sistema penal en sus diversas vertientes: derecho penal sustantivo, derecho procesal penal y derecho de ejecución penal, ya que la configuración y construcción de dichos campos no solo es una tarea que ocupa a la justicia ordinaria, a través de sus diversas instancias, sino a la justicia constitucional y en particular medida al sistema internacional de protección de los derechos humanos.

   La jurisprudencia que incide e influye en el sistema penal y los valores, que protege y compromete, no solo lo constituyen los fallos especializados de la Corte Suprema de Justicia, sino los fallos del Tribunal Constitucional y, con especial, énfasis las sentencias de la Corte IDH.

   Tal vez una de las razones que más ha colaborado al protagonismo de la jurisprudencia en el sistema penal (y no solo en el derecho penal) es que en dicho sistema se producen, por acción del legislador y de los jueces, las mayores afectaciones a los derechos fundamentales de las personas en derechos tan esenciales como la vida, libertad, el patrimonio o el derecho a acceder o permanecer en la función pública sobre todo cuando se imputa y se impone consecuencias tan duras como las penas criminales. La mayor

y extrema afectación de los derechos fundamentales ha llevado a que los ciudadanos y los distintos operadores jurídicos busquen averiguar las condiciones y presupuestos de afectación de los derechos en la actividad de los Tribunales de justicia, tanto nacionales o internacionales, con el fin de adecuar su conducta y obtener una pauta de orientación segura y fiable.

2. De manera general, se puede afirmar que la importancia de la jurisprudencia rebasa el estricto ámbito de los órganos de justicia y de su aplicación por los propios Tribunales. En ocasiones por acción de la jurisprudencia penal se ha llegado a plantear y lograr modificaciones legislativas relevantes por indicaciones y planteamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema. De igual modo, por mandato e imperio de cierta jurisprudencia es posible, incluso, obtener reformas (materiales) a la misma Constitución, sea por planteamientos provenientes del Tribunal Constitucional o por fallos de organismos internacionales de protección de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La jurisprudencia del TC peruano es un ejemplo claro de cómo es posible plantear una interpretación conforme a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales de ciertos preceptos constitucionales que impiden la revisión judicial de algunas materias. Así, por ejemplo, el art. 142 de la Constitución prescribe: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces". Pese a un mandato constitucional expreso el TC peruano ha considerado que sí es posible revisar en la vía constitucional las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones[1] y del Consejo Nacional de la Magistratura en el procedimiento de evaluación y ratificación de jueces[2], siempre que se afecten derechos fundamentales.

4. Por otro lado, se reconoce que la competencia de la Corte IDH no solo alcanza a influir en las disposiciones con rango de ley (legislación ordinaria)[3], sino que incluso puede llegar a controlar convencionalmente determinadas cláusulas de la Constitución Política de un Estado, tal como ocurrió con el estado chileno a quien se condenó en la sentencia de la "*Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, del 5 de febrero del 2001) al considerar que: "al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (art. 19 núm. 12 de la Constitución Política y Decreto Ley

---

1 STC, Exp. N.° 2366-2003-AA (caso *Espino Espino*); STC, Exp. N.° 5854-2005-PA (caso *Lizana Puelles)*; N.° 2730-2006-PA (caso *Castillo Chirinos*), entre otros.

2 STC, Exp. N.° 3361-2004-AA/TC (caso *Jaime Amado Álvarez Guillén*), entre otros.

3 Véase, las Sentencias del caso *Barrios Altos vs. Perú* (14.3.01); *Almonacid Arellano vs. Chile* (26.9.06); *La Cantuta vs. Perú* (29.11.06), entre otras.

núm. 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención" (f. j. 88).

De igual manera, la Corte IDH estimó contraria a la Convención el hecho de que una Constitución permitiera la aplicación de penas corporales y no autorizara su revisión a través de un recurso sencillo y rápido. La Corte IDH en la sentencia del *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (11 de marzo del 2005) ha precisado que: "La Corte ha establecido que 'la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales'. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la 'cláusula de exclusión' contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos" (f. j. 133).

II. LAS FUNCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

5. El art. 143 de la Constitución prescribe: "El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica".

La Corte Suprema de Justicia forma parte integrante del Poder judicial. No es correcto equiparar la Corte Suprema con el Poder Judicial, dado que la Corte Suprema es solo uno de los órganos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial de la Nación. La potestad de administrar justicia no la ejerce de manera única y exclusiva la Corte Suprema, sino el Poder Judicial. Al respecto, el artículo 138 de la Constitución prescribe: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes".

Por expreso mandato constitucional la Corte Suprema resuelve los casos sometidos a su competencia en última instancia, sea que la acción se inicie en una Corte superior o se promueva ante la misma Corte Suprema[4].

6. La Corte Suprema de Justicia del Perú está compuesto por veinte (20) jueces supremos (art. 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de cinco Vocales cada una, presidida por los que designe el Presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social (art. 30 LOPJ).

La estructura y composición de la Corte Suprema de Justicia del Perú es distinta a otras Cortes Supremas, tanto de América Latina como del mundo. Está compuesta por Salas especializadas (v. gr. penal, civil, constitucional) y no por un solo órgano monocrático —tal como ocurre en Estados Unidos, Argentina o Brasil— que resuelve las distintas cuestiones sometidas a su competencia. La Sala plena de la Corte Suprema de Justicia no tiene asignada competencias y funciones jurisdiccionales. Dichas funciones solo recaen en cada una de las salas especializadas. La Corte Suprema interpreta y aplica el derecho vigente. Así como el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, la Corte Suprema es el máximo intérprete de la ley y del derecho infraconstitucional.

La competencia funcional de la Corte Suprema comprende: a) los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva b) de las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos; c) de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso; d) de las apelaciones previstas en el segundo párrafo del art. 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y, e) de la apelación y la consulta prevista en los art. 93 y 95 del Código Procesal Constitucional (art. 32 LOPJ).

7. Por su parte, las Salas penales de la Corte Suprema tienen competencia: i) El recurso de apelación en procesos sentenciados por las Cortes Superiores en materia penal, que sean de su competencia; ii) De los recursos de casación conforme a ley; iii) De las contiendas y transferencias de competencia, conforme a ley; iv) De la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en al art. 99 de la Constitución, Vocales Supremos de la Sala Suprema Penal Militar Policial, Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, Fiscales y Vocales Superiores Penales Militares Policiales y contra los demás funcionarios que señale la

4 El art. 141 de la Constitución establece: "Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173".

ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes; v) De las extradiciones activas y pasivas; vi) los demás procesos previstos en la ley (art. 34 LOPJ).

8. La Corte Suprema de Justicia es la máxima instancia del Poder Judicial que en el sistema republicano de gobierno fijado en la Constitución representa un Poder del estado. El gobierno y el poder en un Estado Constitucional se organiza "según el principio de la separación de poderes" (art. 43 Constitución).

Tanto los jueces de la Corte Suprema como los demás jueces que componen el Poder judicial en el ejercicio de la potestad de administrar justicia deben sujetarse a la Constitución y a las leyes (art. 138). El Estado garantiza a los magistrados del Perú su independencia y se enfatiza en la Ley fundamental que: "Sólo están sometidos a la Constitución y la ley" (art. 146.1).

La Corte Suprema es el máximo exponente del derecho judicial y sus fallos deben reflejar ese destacado lugar. Sus pronunciamientos encabezan la jerarquía de los precedentes[5] y expresan [o deben expresar] la interpretación correcta y razonada del derecho [función nomofiláctica] y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores a través de la aplicación uniforme del derecho [función de uniformidad].

La jurisprudencia, en particular la que proviene de la más alta estructura judicial, hoy en día cobra mayor importancia debido a que en gran parte de sus resoluciones busca la mayor concordancia posible entre la ley y la Constitución, haciendo prevalecer los valores básicos del ordenamiento jurídico como la justicia, la seguridad[6], etc.

9. Como consecuencia de la irrupción del constitucionalismo, de la argumentación jurídica, en especial, del derecho a la motivación de las decisiones judiciales, y las nuevas corrientes de la interpretación las tradicionales funciones de la Corte Suprema como es tutelar la unidad del derecho objetivo, uniformizar la jurisprudencia y declarar el verdadero y exacto sentido de la ley cambian notablemente, toda vez que los jueces ahora deben garantizar la supremacía de la Constitución (art. 51 y 138 Constitución), deben cautelar los derechos fundamentales (art. 44 Constitución), los principios recogidos en la Ley fundamental como el

5 Cfr. Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid: Civitas, 1995, p. 38; Aguiló Regla, Joseph, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 107.

6 Cfr. San Martín Castro, César Eugenio, *Precedentes vinculantes en materia penal*, Lima: Reforma, 2008, p. 11.

principio de igualdad (art. 2.2 Constitución), la seguridad jurídica y la previsibilidad del derecho[7].

El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no se limita a reconocer la vigencia del principio de legalidad, ni el poder del legislador ordinario, sino que toma como punto de partida y de referencia la vigencia del principio de supremacía de la constitución, de la prevalencia de los derechos fundamentales y las bases democráticas del ordenamiento jurídico.

La consolidación del Estado constitucional de derecho se produce después de la segunda guerra mundial[8], como un intento de romper con los regímenes políticos de corte autoritario[9]. La mayor repercusión que trajo consigo dicha consolidación es la reformulación del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. En el siglo XIX y a principios del siglo XX se mantenía la supremacía y el monopolio de la ley como centro de producción normativa[10]. Sin embargo, hoy se reconoce el rol predominante de la Constitución como fuente suprema del derecho que trae consigo la pérdida del protagonismo que antes ejercía la ley[11]. De un Estado legislativo de Derecho se ha pasado a un Estado Constitucional de Derecho[12].

La actuación del parlamento, y en particular la legislación, está sometida a límites, al encontrarse la ley subordinada formal y materialmente a la Constitución. Hoy no es posible hablar de una absoluta e incondicionada supremacía de la ley[13]. Por el contrario, tanto el parlamento y la ley se subordinan a la Constitución. No solo se trata de que la ley respete el

---

7 Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme, *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*, Lima: Raguel, 2015, p. 50 y ss.

8 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El papel de la función judicial en el Estado de Derecho", en *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, REYNA ALFARO, Luis y otros (coords.), Lima: Jurista, 2007, p. 14; GROPPI, Tania, "¿Hacia una Justicia Constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, mayo-agosto, 2003, p. 482.

9 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2005, p. 26.

10 Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en *Jueces para la democracia*, n.º 18, 1993, p. 4, quien recuerda que la administración de justicia en el nuevo régimen era una administración de justicia legal.

11 Cfr. MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 61; FERRAJOLI, Luigi, "El papel de la función judicial en el Estado de Derecho", art. cit., p. 14.

12 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Isonomía*, n.º 22, abril del 2005, p. 8.

13 Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios y derecho*, Madrid: Dykinson, 1998, p. 33; MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La independencia judicial*, ob. cit., p. 61.

procedimiento constitucional reglado, sino que, además, respete y cumpla con los principios y valores constitucionales. La ley rige no solo en su forma, sino también en su contenido y sustancia[14]: *de una racionalidad formal se pasa a una racionalidad sustancial*[15]. Como dice ZAGREBELSKY: "La ley, en un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición"[16].

En el modelo clásico, el Estado de Derecho consistía en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría[17]. Los poderes públicos debían ajustar su actuación al respeto de la ley: a la ley le bastaba ser expedida según el procedimiento establecido y representar un acuerdo [o imposición] de la mayoría. No había ningún condicionamiento y exigencia adicional.

La irrupción del Estado Constitucional genera una trasformación radical del derecho moderno que FERRAJOLI ha llamado: "una segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia"[18].

El Estado Constitucional se caracteriza por la existencia de una Constitución, consecuencia del acuerdo democrático de los detentadores del poder, que establece límites normativos al ejercicio del poder, garantizando la libertad y los derechos de la persona[19].

---

14 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", art. cit., p. 11 y 7: "el constitucionalismo jurídico condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencias de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las Constitucionales".

15 Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás, "La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial"; en *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 229; GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, ob. cit., p. 37; BERGALLI, Roberto, "Protagonismo judicial y representatividad política", en *Doxa*, n.º 15 y 16, 1994; p. 428 y ss.

16 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. De Marina Gascón, Madrid: Trotta, 1995, p. 142.

17 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, ob. cit., p. 19: "Estado de Derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno *sub leges* y *per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres"; FERRAJOLI, Luigi, "El papel de la función judicial en el Estado de Derecho", art. cit., p. 14.

18 FERRAJOLI, Luigi, "El papel de la función judicial en el Estado de Derecho", art. cit., p. 15; él mismo, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", art. cit., p. 8.

19 Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, p. 227; GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, ob. cit., p. 25.

> La Constitución ya no es más un pedazo de papel, en el que se recogen solo buenas intenciones de los actores políticos y un proyecto común declarativo en que poco importa su cumplimiento por el Estado y los ciudadanos. La Constitución como está dotada de la máxima legitimidad [poder constituyente] es la norma jurídica de máximo valor dentro del ordenamiento jurídico que determina la validez de la ley y el resto de normas jurídicas, tanto en su forma como en su contenido. La ley solo tiene valor en la Constitución y por la Constitución.
>
> En base a la legitimidad del texto Constitucional se predica la supremacía política de la Constitución de la que deriva también la supremacía jurídica de la Constitución[20], sobre el resto de fuentes del ordenamiento jurídico. Con razón, se sostiene que el Estado Constitucional es la culminación y el perfeccionamiento del Estado [legislativo] de Derecho. Ya no solo se afirma que todos se encuentran sometidos a la ley, sino que todo poder está sometido a la Constitución. En el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad del ordenamiento y de los actos de todo poder, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten todos los poderes públicos[21].

10. Asimismo, la tarea de la Corte Suprema de Justicia no se limita a determinar el significado verdadero, exacto y fiel de la ley. La interpretación no es más una tarea de descubrimiento, indagación y develamiento del sentido de la ley. El texto de la ley, el enunciado legislativo deja de ser el paradigma de la interpretación jurídica y la finalidad exclusiva de la actividad jurisdiccional. A partir de las nuevas corrientes de la interpretación las disposiciones legales no tienen un solo sentido interpretativo, sino varios y es el intérprete quien termina atribuyendo un determinado significado al enunciado legal. El tradicional modelo de la interpretación de la ley es cambiado por la distinción canónica entre disposición y norma[22] como punto de partida de cualquier

---

20 Por todos, STARCK, Christian, "La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, 2003, p. 479 y 492 quien señala: "La supremacía de la Constitución es una conquista de la cultura jurídica norteamericana y europea. La noción teórica de la supremacía de la Constitución va acompañada de la voluntad práctica del poder constituyente de garantizar la primacía de su producto"; GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, ob. cit., p. 25.

21 Exp. N.° 2730-2006 06-PA/TC (caso *Arturo Castillo Chirinos*).

22 Sobre la definición de disposición normativa, véase: CRISAFULLI, Vezio, "Disposición (y norma)", trad. de Mar Fernández Pérez, en *Disposición vs. Norma* (edits. Susanna Pozzolo y Rafael Escudero), Lima: Palestra, 2011, pp. 67, 69, 70: "En el terreno lógico, toda norma es formulable, es decir, necesariamente traducible en proposiciones lingüísticas que caracterizan a la disposición verdadera y propia (la disposición que es a menudo confundida con la norma) y cuya formulación la precede y condiciona, apareciendo como

discusión sobre el sistema de fuentes. La interpretación de la ley viene presidida por la idea de atribución de sentido y del aporte de argumentos y de buenas razones a favor de un determinado resultado interpretativo. No se trata de la simple elección de uno de los posibles sentidos de la ley, sino de una labor de justificación de un determinado resultado interpretativo atendiendo a las diversas directivas y métodos de interpretación.

La Corte Suprema de la tradicional e inveterada tarea de nomofilaxis se preocupa ahora por garantizar los valores elementales de la administración de justicia recogidos en la Constitución como es la igualdad de la ley, la previsibilidad de sus decisiones y la seguridad jurídica como condición de legitimidad de sus fallos. La búsqueda de la uniformidad en la interpretación formal de la ley cede y es derrotada por la necesidad de garantizar la igualdad ante la ley, distinguiendo cada caso particular e identificando su problemática. Las decisiones de la Corte Suprema no deben ver hacia el pasado o solo tener un valor retroactivo, sino que ha de considerar su influencia en los casos futuros, atenta a su tarea delineadora y configuradora del derecho[23].

El poder democrático y la legitimidad de la Corte Suprema de Justicia, como de todo órgano jurisdiccional, reside en la calidad de sus fallos, el nivel de su argumentación y en el aporte de buenas razones en la solución de las controversias sometidas a su conocimiento. Más que la justicia de la decisión importa las buenas razones que respaldan el fallo, el nivel de la argumentación y la calidad de la justificación, interna como externa. No hay buenas o malas sentencias, mejores o peores decisiones, sino buenas o malas razones que acompañan el fallo. La motivación de las decisiones judiciales no es una manifestación de elegancia de los jueces, una cortesía o un detalle hacia los justiciables, sino una garantía mínima del debido proceso, del juicio justo, una condición de validez constitucional de la sentencia y

---

declaración vinculante e insustituible (y, en ese sentido constitutiva) de la norma, aunque raramente sea de por sí suficiente para determinar por completo y de forma unívoca su significado. Por tanto, no todas las normas que constituyen el ordenamiento jurídico como derecho objetivo tienen detrás de sí las correspondientes disposiciones, aunque todas ellas sean formulables en palabras y se hayan también recogido por escrito (...). Por disposición no se entiende la norma (en cualquier caso y por cualquiera) formulada, sino más precisamente, la fórmula institucionalmente dirigida a establecer y revelar la norma". La distinción entre disposición y norma: GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos,* trad. de César Moreno y Luis Cárdenas, Lima, Raguel editores, 2016, pp. 55 y ss.; CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica,* trad. de Pau Luque y Maribel Narváez, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 55 y ss. La diferencia entre documento normativo y su significado en: TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley,* trad. de Diego dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013, p. 111 y ss.

23 Cfr. MARINONI, Luiz, *Cultura. Unidad del derecho y Cortes Supremas,* Lima: Raguel ediciones, 2015, p. 60.

la manifestación más importante de la tutela judicial efectiva que exige una decisión motivada y fundada en derecho.

Justamente una de las causales más importantes de la casación en todos sus géneros (civil, penal, laboral, etc.) es preservar las garantías constitucionales del debido proceso y entre las cuales la motivación de las decisiones judiciales ocupa un lugar central y protagónico. Incluso, las causales de: "indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídica" (art. 429.3 del CPP) solo se logran advertir e identificar a través del examen de la justificación de las decisiones judiciales.

III. ¿SON INFALIBLES LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA?

11. La búsqueda de la verdad en el proceso penal tiene claramente limitaciones de tiempo, ya que debe encontrar una respuesta definitiva dentro de estrechos márgenes y cumpliendo plazos inevitables[24]. El conocimiento judicial de los hechos está sometido a un marco temporal fijado por la ley y el despliegue de la actividad probatoria no puede efectuarse de manera indefinida, sino dentro de un segmento concreto del proceso y del tiempo[25]. Los casos no solo se deben solucionar, sino que deben cerrarse en algún momento. Tanto el proceso como la actividad probatoria que se despliega en él deben estar sujetos a plazos y límites temporales estrictos[26]. El descubrimiento de la verdad no es indefinido, abierto o atemporal.

En este ámbito juega un valor superlativo el respeto a ser juzgado en un plazo razonable que se ha configurado un derecho específico de valor constitucional y convencional de observancia obligatoria. No solo se trata de buscar la

---

24 Cfr. Ricoeur, Paul, *Lo justo*, trad. de Carlos Gardini, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 185: "Es característica del juicio en el plano judicial interrumpir el intercambio de argumentos mediante un punto final, aunque sea provisorio, al menos mientras quedan abiertas las vías de la apelación; pero habrá un punto o un momento para un fallo definitivo que la fuerza pública sancionará", él mismo, "Interpretazione y/o argumentazione", en art. cit., p. 87.

25 Cfr. Gascón Abellán, Marina, *La argumentación jurídica*, ob. cit., p. 396: "Las reglas del proceso instan a un más o menos rápida resolución del conflicto y que garantizan que en un periodo de tiempo predeterminado quedará fijada la verdad procesal sobre los hechos de la causa"; Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 110.

26 Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 3.ª ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Trotta, 2009, p. 45. En sentido semejante, en los casos que deben ser resueltos por la dogmática jurídica: Hruschka, Joachim, "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?", trad. de Pablo Sánchez-Ostiz, en *Imputación y derecho penal*, Montevideo: B y F, 2005, p. 272.

verdad y decidir un caso dentro de ciertos límites temporales, sino que la búsqueda está sujeta a que dicha indagación dure un tiempo razonable, debiéndose tomar en cuenta la complejidad del asunto, la diligencia o no de las autoridades judiciales en la sustanciación de la causa y la conducta procesal de las partes.

Un ejemplo de la limitación temporal en la averiguación de la verdad en el proceso se refleja en los plazos para proponer, admitir y practicar pruebas, ya que se trata de una actividad finita, de carácter preclusivo y que está sujeta a límites temporales, tanto por un factor de ordenación, seguridad como de una demanda de la justicia misma[27]y que busca garantizar un pronunciamiento definitivo al que se le confiere la calidad de cosa juzgada[28]. La problemática de los plazos procesales se relaciona también con el respeto y necesario cumplimiento de las reglas y formas procesales, muchas veces estrictas, que imponen una serie de requisitos y condiciones para el ofrecimiento, admisión y actuación de las pruebas y de cuyo cumplimiento depende la eficacia de la mismas; de tal modo que si no se cumple con estos requisitos la prueba puede ser declarada inadmisible o sufrir, por lo menos, una fuerte y grave crisis de confianza[29].

12. Un Tribunal supremo tiene la última palabra en el establecimiento y decisión del derecho. Sus decisiones son definitivas e inimpugnables. En efecto, llegado el momento una verdad procesalmente declarada debe tomarse como última pese a que no necesariamente esta sea segura y correcta[30].

Con razón, se sostiene que las decisiones que emiten los jueces respecto a la verdad y los hechos controvertidos son definitivas, aunque no infalibles[31]. Como sostienen ALCHOURRON y BULYGIN: "poner punto final a la discusión

27 Cfr. RICOEUR, Paul, *Lo justo*, ob. cit., p. 185: "Quien compara el proceso con una partida de ajedrez, en ambos las reglas del juego son conocidas, pero se ignora cómo se llevará a término cada partida: el proceso es al derecho aquello que la partida de ajedrez es a la regla: en ambos casos, es necesario llegar hasta el final para conocer la conclusión".

28 Cfr. RICOEUR, Paul, "Interpretazione y/o argumentazione", art. cit., p. 87; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 37.

29 Cfr. MENDOCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2008, p. 191.

30 Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Lima: Palestra, 2006, p. 320.

31 Cfr. HART, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 177; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona: Trotta, 1997, p. 54; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Inferencia probatoria", en *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra, 2005, p. 103: "si así fuera, los jueces serían infalibles y nunca podríamos decir de las decisiones de un Tribunal de última instancia que están equivocados"; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La argumentación jurídica*, ob. cit., p. 395: "esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido que podrá fin al conflicto autorizadamente"; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, art. cit., p. 40; GUZMÁN, Nicolás, *La verdad*

de la verdad no hace verdadero el enunciado"[32]. La clausura del debate en el proceso se alcanza normalmente con la sentencia definitiva luego de agotadas las diversas instancias, aunque no se trate en puridad de una sentencia irrevocable[33]. Toda decisión judicial que pone fin a un proceso, en especial la sentencia, no puede ser puesta en discusión de manera indefinida (al margen de la justicia o la corrección de la decisión) luego de agotados los recursos.

Las decisiones de la Corte Suprema si bien cierran el debate de la justicia ordinaria, al representar la última instancia del Poder judicial, no implica decir que sus fallos sean formal y materialmente justos, ni que se encuentren libres de error. Las decisiones de la Corte Suprema en materia penal pese a que gozan de la autoridad de la cosa juzgada —como los fallos de otras instancias del Poder judicial— admiten de manera excepcional la posibilidad de reabrir la discusión a favor de la persona que ha sido injustamente condenada, a través del recurso de revisión[34] o a través de la interposición de acciones de garantía por infracción a las reglas mínimas del debido proceso o a los principios constitucionales: acción de amparo o de hábeas corpus.

IV. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y LAS SENTENCIA CASATORIAS QUE ESTABLECEN UNA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE EN MATERIA PENAL

13. El ordenamiento jurídico peruano regula la facultad de la Corte Suprema de establecer precedentes vinculantes a través de sus decisiones jurisdiccionales como también de emitir pronunciamientos sobre temas que le conciernen.

Así, por ejemplo, el art. 22 de la LOPJ[35] establece la facultad de que las Salas especializadas de la Corte Suprema puedan "ordenar la publicación

---

en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, 2.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 4.

32 ALCHOURRON, Carlos y Eduardo BULYGIN, "Los límites de la lógica y el razonamiento judicial", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 309.

33 Para la distinción entre sentencia definitiva y sentencia irrevocable: CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1961, p. 136.

34 Cfr. FERRUA, Paolo, "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", en *La prova nel dibattimento penale*, 4.ª ed., Torino: Giappichelli editore, 2010, p. 320.

35 "Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan **principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.** Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho

trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan *principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales*".

En materia penal el art. 301-A del Código de Procedimientos Penales[36] ha incorporado la figura del precedente obligatorio en el caso de las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, siempre que así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Dicho artículo regula también el caso de las sentencias plenarias que se convocan cuando se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma.

Por su parte, el art. 433.3 y 433.4 del Código Procesal Penal del 2004[37] ha regulado la sentencia casatoria al determinar que "la Sala de oficio o a

---

criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan" (las negritas son nuestras).

36 "1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo —en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional— se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las parte, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial".

37 "3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto

pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema" y el pleno casatorio al disponer, siempre que se advierta: "que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente".

14. El precedente es una técnica de argumentación que permite evaluar, ponderar y analizar las razones por las cuales una determinada decisión judicial justificada influye en un caso posterior, empleando una clase de argumentos: fácticos y normativos. El precedente es ante todo una técnica de argumentación jurídica que posee un enorme valor persuasivo[38] y una eficacia indiscutible[39]. Un precedente puede ser un motivo fundado y aportar una razón valedera para que el juzgador resuelva un caso[40].

Se entiende por precedente el supuesto ya resuelto en un caso similar[41], el cual goza de relevancia jurídica[42]. En el precedente no importa el factor tiempo[43]

---

no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

38 Cfr. Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, p. 236.

39 Cfr. Pound, Roscoe, *El espíritu del common law*, trad. de José Puig Brutau, Barcelona: Bosch, 1954, p. 176.

40 Cfr. Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, ob. cit., p. 233.

41 Cfr. Díez-Picazo, Luis María, "La doctrina del precedente administrativo", en *Revista de la Administración Pública*, n.º 98, España: mayo-agosto, 1982, p. 7.

42 Cfr. Sodero, Eduardo, *Sobre el cambio de los precedentes*, México: Isonomía, p. 220: "constituye un precedente para los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso"; Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", en *Contratto e impresa*, 1996, p. 238.

43 Cfr. Legarre, Santiago y Julio César Rivera, "Naturaleza y dimensiones del 'stare decis'", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1, Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 110.

o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocar la autoridad del mismo[44]. En este caso en el derecho inglés se habla de *precedente individual obligatorio*[45].

El precedente está compuesto de dos elementos[46]: i) *Un caso* que refleja una específica problemática individual. Una circunstancia empírica que encierra una particular controversia; ii) *La solución* del problema que surge del caso en base a las valoraciones jurídicas correspondientes. El *caso* a su vez posee dos aspectos: a) La circunstancia fáctica de la cual nace la controversia; b) La cuestión o la controversia jurídica que nace de dicha circunstancia. Por su parte, la *solución* de la controversia cuenta con tres distintos aspectos: a) La secuencia del acto procesal que precede a la decisión; b) La disposición (fallo) que se establece en el caso concreto; c) La motivación de la decisión o fallo. Dentro de la motivación puede encontrarse a su vez a la *ratio decidendi* y a la *obiter dicta*[47].

15. La doctrina jurisprudencial vinculante es una proposición jurídica que es afirmada y sostenida en una o varias sentencias por parte de los altos Tribunales de Justicia[48] (v. gr. Tribunal Constitucional, Corte Suprema, etc.). La jurisprudencia no equivale a doctrina jurisprudencial, pues no toda sentencia —o jurisprudencia en sentido amplio— es portadora de doctrina ni de criterios firmes y uniformes que se asumen y prometen seguir en el futuro.

En la jurisprudencia del TC peruano se ha sostenido que: "La doctrina jurisprudencial, reconocida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, supone una práctica jurisprudencial reiterada; vincula, como es evidente a todos los jueces, pero éstos pueden, excepcionalmente, realizar una distinción para un caso concreto mediante una adecuada motivación. El precedente en cambio, regulado en el artículo VII del mencionado Código, puede ser establecido, en una sola sentencia y sin que se requiera, necesariamente, reiterancia, solo por el Pleno del Tribunal

44 Cfr. Ortiz Díaz, José, "El precedente administrativo", en *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Andalucía, 1957, p. 78.

45 Cfr. Legarre, Santiago y Julio César Rivera, "Naturaleza y dimensiones del 'stare decis'", art. cit., p. 110 y 111: "Es importante subrayar que en Inglaterra, Estados Unidos y los demás países de la Common Law, basta que haya una decisión "*in point*" —es decir, aplicable al caso presente— para que un juez se vea obligado, en principio a seguirla".

46 Por todos, Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", art. cit., p. 236 y ss.

47 Véase, Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", art. cit., p. 237.

48 Cfr. Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 8-9, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho Político y Centro de Estudios Ramón Areces, 2001-2002, p. 104.

Constitucional con el voto aprobatorio de, por lo menos, cinco magistrados (art. 13 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional); tiene efectos *erga omnes* y su cambio sólo puede ser realizado igualmente por el Pleno del Tribunal Constitucional a través de una sentencia debidamente motivada"[49].

La Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 147-2016 de 22 de abril del 2016 ha entendido por doctrina jurisprudencial:

"aquella que llena los vacíos de la ley, interpreta las normas ambiguas u oscuras, establece reglas para casos análogos y fija los llamados 'principios jurisprudenciales' que emana de los órganos jurisdiccionales de las más alta jerarquía, tiene un valor normativo y fija criterios jurisdiccionales que resuelven los conflictos, teóricamente tienen como características ser vinculantes, ser de obligatoria observancia y cumplimiento en las decisiones judiciales. Asimismo, se puede señalar que la doctrina jurisprudencial, en sentido estricto, son aquellos principios o reglas producto de la interpretación y aplicación de la norma que realiza el máximo órgano jurisdiccional,

49 STC, Exp. N.º 01778-2008-PA/TC (caso *José Augusto Alcántara Bernaola*). En otras sentencias como, por ejemplo, en Exp. N.º 03741-2004-AA/TC, f. j. 42 y 43, ha señalado que: "la incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación dela Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo".

Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo [...]. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto".

teniendo como principal insumo un determinado hecho social con relevancia jurídica y que tiene fuerza normativa para futuros supuestos similares. En un sentido amplio, es toda decisión judicial que, por las reglas jurídicas que contiene, poseen fuerza vinculante o persuasiva para otros casos semejantes al que le dio origen" (f. j. 3.3).

V. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS ACUERDOS PLENARIOS. UNA LECTURA CRÍTICA

16. El art. 116 de la LOPJ prescribe: "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".

17. Los acuerdos plenarios no son una labor exclusiva de la Corte Suprema de Justicia como vértice de la organización judicial peruana. Se extienden a los integrantes de las diversas salas especializadas del Poder Judicial v. gr. salas superiores de las distintas Cortes superiores. Los plenos, según prescribe la norma, pueden tener un distinto alcance geográfico. Puede tratarse de plenos nacionales, de plenos regionales y de plenos distritales.

    Los plenos jurisdiccionales deben efectuarse por materias y especialidad jurídica. Como regla no es conveniente que haya plenos jurisdiccionales generales, pues lo adecuado es que se aborden, discutan y planteen temas particulares de cada especialidad: civil, penal, familia, laboral, contencioso, etcétera. La realización de los plenos importa que se debatan problemas específicos de cada materia a fin de obtener consenso en la solución de los casos judiciales.

    Según el mandato expreso de la ley la finalidad de los plenos jurisdiccionales es concordar la jurisprudencia de la especialidad. Concordar no significa que los plenos sean ocasiones para sistematizar la jurisprudencia dispersa, no publicada o automatizada de las diversas Salas de la especialidad. Concordar importa más bien tomar acuerdos, por mayoría o minoría, y generar ciertos consensos en determinados temas que por su importancia deben ser debatidos y analizados de manera rigurosa por los plenos de vocales superiores y supremos[50].

18. Los acuerdos plenarios, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarias, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna. En tal sentido, dichos acuerdos no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión. En todo caso, por medio de los

50 Véase, Castillo Alva, José Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima: Ara, 2008, pp. 124 y ss.

acuerdos plenarios se puede exhortar, formal o materialmente, a las Salas Penales de la Corte Suprema a adoptar un precedente vinculante o una sentencia plenaria en una determinada línea.

El art. 116 de la LOPJ posee una sustancial diferencia respecto al art. 22 de la LOPJ o la misma regulación del art. 301-A del C de PP. Estas disposiciones últimas sí establecen de manera expresa y categórica la posibilidad de fijar precedentes o principios jurisprudenciales de manera obligatoria y que llama a la obligación de respetar al conjunto de magistrados.

El valor de los acuerdos plenarios es solo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutivos adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción.

Los acuerdos plenarios, regulados en el art. 116 de la LOPJ, guardan una enorme relación con la regulación de la legislación española de los denominados "acuerdos del pleno no jurisdiccional" que —según la doctrina ibérica— en estos plenos no se ejerce función jurisdiccional. Se trata, en realidad, de reuniones de magistrados que no tienen el valor de jurisprudencia en la que se discuten cuestiones penales y procesales dudosas o sobre las que existan discrepancias y que es solo de utilidad en cuanto consumo interno[51].

La fuerza persuasiva de los acuerdos plenarios depende del nivel argumentativo o las razones que se registren y expongan. No tanto de las decisiones o puntos conclusivos que se adopten sobre una determinada materia.

Por tanto, creemos que constituye un grave error que en la Corte Suprema en un acuerdo plenario establezca que: "los Jueces y Salas Penales Superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos"[52], que: "los principios jurisprudenciales antes mencionados

51 Ampliamente: Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, p. 3. Recuperado de <http://criminet.ugr.es>. [Fecha de verificación: 08 de octubre del 2016]

52 Véase, Acuerdo Plenario N.º 6-2007/CJ-116 que aborda la problemática de la "suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia"; Acuerdo Plenario N.º 9-2007/CJ-116 que desarrolla el problema de "los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal"; Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116 que fija el criterio sobre "violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena";

constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales"[53] o que: "dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes"[54], dado que supone otorgar a un acuerdo una fuerza de vinculación y de obligatoriedad que en realidad no posee y que la ley no le concede. En igual sentido, los acuerdos plenarios no pueden disponer contra la voluntad de la norma, y en particular en contra de lo establecido del art. 116 de la LOPJ, que los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario asuman el carácter de precedente vinculante, debido a que uno y otro tienen funciones y un contenido completamente distintos entre sí.

19. Se debe recordar que la única fuente de derecho admitida es la jurisprudencia, y no la discusión, los debates o los acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder Judicial al margen de su actividad jurisdiccional, sean magistrados de la Corte Suprema o de una Corte Superior. La jurisprudencia está formada por la actividad judicial que se expresa a través de sentencias o autos; estas decisiones interpretan y aplican la ley de manera obligatoria, en la medida que se juzga y se hace ejecutar lo juzgado[55].

Con razón, García-Pablos de Molina señala: "¿Por qué un Tribunal, esto es, el juez natural que ejerce jurisdicción, único al que corresponde sentenciar el caso, puede dirigirse a la Junta o Asamblea de magistrados que integran la Sala [que ni constituye Tribunal, ni ejerce jurisdicción, ni conoce el caso] a fin de que resuelva las dudas del primero sobre la correcta interpretación de un precepto, asumiendo, sin más, su dictamen? [56]".

Por otro lado, se recuerda que la misión de la Corte Suprema —de unificar la jurisprudencia— solo puede ejercerse a través de los recursos legalmente previstos en la ley[57], de tal manera que no es posible generar una obligación

---

Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116 que elabora los criterios sobre: "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", entre otros.

53 Véase, Acuerdo Plenario N.° 2-2006/CJ-116 que desarrolla el tema de: "combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes".

54 Véase, Acuerdo Plenario N.° 6-2006/CJ-116, que elabora la doctrina legal en los casos de "Reparación civil y delitos de peligro"; el Acuerdo Plenario N.° 3-2006/CJ-116 que fija los criterios sobre: "delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información".

55 Cfr. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", art. cit., p. 3.

56 Apud: *Ibid.*, p. 6.

57 Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente de derecho", en *Revista de Administración Pública*, n.° 157, Andalucía: enero-abril, 2002, p. 99; Benlloch Petit, Guillermo, "¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal

de cumplimiento de un acuerdo plenario cuyo origen nada tiene que ver con la interposición de los medios impugnatorios.

El TC peruano ha señalado que: "la independencia judicial se presenta como una exigencia política del Estado constitucional, componente esencial de la noción de Estado de Derecho y principio estructural. En tal sentido, y también por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del valor del ordenamiento en su conjunto y, por tal virtud, aparece como un precepto instrumental según el cual los jueces no están sujetos en el ejercicio de su cargo a órdenes o instrucciones, ni tampoco pendientes de si sus sentencias agradan o no desde que le está encomendada la función de tutela de la normatividad del Estado, que está sometida al sistema jurídico"[58].

20. Los acuerdos plenarios tal como vienen siendo utilizados en el campo penal, en realidad, son "interpretaciones oficiales" que la Corte Suprema de Justicia formula de ciertas disposiciones jurídicas o instituciones, sea de derecho penal sustantivo o de derecho procesal penal. Dicha interpretación —o, mejor dicho, el resultado interpretativo— a la que llega la Corte Suprema es solo uno de los posibles sentidos que puede alcanzar la disposición normativa y que no siempre es el mejor o el más adecuado desde el punto de vista teleológico o sistemático.

La Corte Suprema cuando se decanta y adopta una interpretación oficial elige uno de los posibles sentidos interpretativos que posee el texto del enunciado legislativo. Dicha elección supone la adopción de un determinado criterio interpretativo en desmedro y perjuicio de los demás sentidos interpretativos. La adopción de una interpretación oficial, vía los acuerdos plenarios, normalmente está acompañada de una argumentación y de ciertas razones que respaldan la postura que se adopta. La particularidad es que en los acuerdos plenarios no hay un juicio de hecho, no existe caso, no hay materia litigiosa ni ejercicio de la jurisdicción entendida como la aplicación del derecho a un supuesto de hecho controvertido.

Sin embargo, el problema de los acuerdos plenarios sobre todo cuando fijan (atribuyen) un determinado sentido interpretativo e, incluso, cuando aportan razones que lo respaldan, es que carecen de habilitación constitucional que les permita obligar a los demás órganos de justicia a aceptar la interpretación oficial que brinda la Corte Suprema. Basta tomar en cuenta de que la Constitución prescribe: "el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios

---

Supremo?. Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2005, p. 231.

58 STC, Exp. N.º 3361-2004-AA/TC (caso *Jaime Amado Álvarez Guillén*)

generales del derecho y el derecho consuetudinario" para concluir que las interpretaciones oficiales de las leyes penales que brinda la Corte Suprema de Justicia a través de los acuerdos plenarios son fuentes del derecho que permiten cubrir los vacíos o las deficiencias de la ley.

De igual manera, los acuerdos plenarios que provienen de la Corte Suprema de Justicia no solo carecen de reconocimiento constitucional, sino carecen también de reconocimiento y autorización legal para obligar, forzar o vincular a los distintos órganos de justicia respecto a la interpretación oficial y de la asignación de sentido que se le pretende otorgar a un texto normativo. El art. 116 de la LOPJ establece como finalidad de los acuerdos plenarios el "concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial", lo que supone en buena cuenta, desde cualquier método de interpretación reconocido, que bajo ningún aspecto concordar puede ser equivalente a obligar y/o vincular a los diversos órganos de la administración de justicia. La concordancia de la jurisprudencia no puede implicar que bajo dicha cobertura se pase a dictar precedentes vinculantes o interpretaciones oficiales obligatorias de ciertos textos legales. De la concordancia de la jurisprudencia a través de los acuerdos plenarios no se deriva ni la interpretación oficial de textos normativos ni que de determinada asignación de sentido se pueda obligar a adoptar ciertos resultados interpretativos.

Si la Constitución prescribe que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos "con arreglo a la Constitución y a las leyes" (art. 138) resulta claro que dicha potestad solo puede ser legítima si las decisiones jurisdiccionales se sujetan a la Constitución y la ley; de tal modo que si ni la Constitución ni la ley ordinaria obligan a los órganos jurisdiccionales a seguir determinadas interpretaciones oficiales que adopta la Corte Suprema, basadas en decisiones no jurisdiccionales, se quebranta la Constitución y la ley cuando se pretende asignar como fuente vinculante a unos acuerdos que no se les asigna dicha fuerza y calidad.

Por otro lado, se debe destacar también que en ninguno de los acuerdos plenarios emitidos hasta ahora por la Corte Suprema de Justicia se cita alguna jurisprudencia contradictoria, o siquiera se alude a una jurisprudencia previa que posee semejante *ratio decidendi* o que resuelve un caso en un sentido semejante y que justifica con ello la expedición del acuerdo plenario. Solo se limitan a fijar una determinada interpretación oficial de un texto o cuerpo normativo sin que con ello se resuelvan de manera explícita alguna controversia derivada de cierta clase de fallos o de una determinada línea jurisprudencial.

21. En el derecho comparado, en especial en los Estados Unidos, se afirma que la Corte Suprema de Justicia históricamente se ha limitado a resolver pleitos reales y controversias litigiosas, pues ésta era la intención de la Constitución americana que establecía expresamente que la Corte conocería de "casos" o "controversias". Es célebre la posición de la Corte Suprema americana cuando frente a un requerimiento del Presidente Washington, a instancias de su gabinete, requirió su opinión acerca de la interpretación de los Tratados con Francia y la Corte respondió que consideraba inadecuado exponer opiniones sobre cuestiones que no hubieran surgido de pleitos sometidos a su conocimiento[59].

La Corte Suprema americana en su historia ha rechazado algunos planteamientos del Congreso de dicho país que le solicitaba opinar sobre cuestiones constitucionales alegando que solo podían pronunciarse cuando tenían que resolver un caso o una controversia real.

Creemos, que la Corte Suprema de Justicia no puede ser un órgano consultor calificado de los demás poderes del Estado, o de las instancias máximas del gobierno, como tampoco puede dar recomendaciones e instrucciones a los jueces a través de acuerdos plenarios respecto a cómo deben interpretar la ley, sea sustantiva o procesal. La Corte Suprema, como órgano del Poder judicial, solo puede sentar posiciones, vinculantes o persuasivas, a través de sus sentencias o precedentes en las que resuelve una materia litigiosa como efectivo ejercicio del poder jurisdiccional que le está conferido por la Constitución y la ley.

22. Los acuerdos plenarios de carácter jurisdiccional no constituyen normas jurídicas ni de carácter general ni individual, por lo que no pueden ser invocadas como precedentes vinculantes ni pueden sentar consideraciones y argumentos revestidos de fuerza aplicativa. La existencia o no de precedentes y si estos son o no vinculantes depende de si estamos ante una decisión jurisdiccional o solo ante una opinión no jurisdiccional. Lo único que puede obligar son las resoluciones judiciales y no los acuerdos de los magistrados por más ilustres que sean o revistan solo la "forma" de resoluciones judiciales.

La Corte Suprema de Justicia, como cualquier órgano jurisdiccional del Poder judicial (art. 143 Constitución), solo puede obligar, sea en sentido vertical u horizontal, a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional y de las decisiones que se adopten dentro de dicha actividad. Las decisiones administrativas de la Corte Suprema (v. gr. Sala plena), los acuerdos no jurisdiccionales no tienen eficacia vinculante alguna ni se les puede asignar

59 Cfr. HUGHES, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Raúl Ortiz, 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 53.

un valor semejante a un precedente, ya sea por las partes o por los propios órganos jurisdiccionales.

En dicha línea, si la Corte Suprema de Justicia pretende consagrar unos determinados principios jurisprudenciales o establecer una doctrina legal obligatoria, la técnica normativa adecuada y prevista por nuestro ordenamiento jurídico es la de los precedentes vinculantes o a través de la publicación en el diario oficial *El Peruano* de las Ejecutorias que sientan los respectivos principios jurisprudenciales. De igual manera, si quiere consagrar una determinada doctrina legal, puede partir de los acuerdos plenarios, pero no puede convertir a los acuerdos en jurisprudencia ni concederles un valor vinculante que no tienen.

Los acuerdos plenarios no poseen la facultad, el rango o la capacidad legal de fijar precedentes vinculantes de cumplimiento obligatorio por los órganos de justicia del Perú.

De aceptarse que mediante los acuerdos plenarios —que sientan una determinada posición sobre los temas o problemas jurídicos más importantes— se puede crear precedentes vinculantes se arriba a posiciones sumamente objetables como: **i)** En la medida que también las Cortes Superiores pueden dictar acuerdos plenarios, se tiene que de igual manera éstas podrían dictar precedentes vinculantes, hecho que viene contradicho por el art. 301-A y el art. 22 de la LOPJ ; **ii)** De admitirse que los acuerdos plenarios siempre han sido obligatorios —cosa que la realidad judicial desmiente— carecería de sentido que el legislador haya expedido y declarado la vigencia del art. 301-A del CdePP, pues hubiera bastado con el art. 116 de la LOPJ; **iii)** En la medida que el juez debe vinculación a la Constitución y a la ley, no puede haber sometimiento del juez a algo que constitucional y legalmente carece de todo valor normativo. No hay sumisión ni obediencia a lo acordado en reuniones o acuerdos no jurisdiccionales[60].

El hecho que los acuerdos plenarios posean una prolija fundamentación[61], que expongan con acierto determinados institutos y contenidos jurídicos o que mantengan una cualificada cuota de racionalidad no los convierte automáticamente en un criterio de obligatorio cumplimiento ni en portador de una particular fuerza normativa. El carácter de precedente vinculante no proviene de la mejor argumentación o de la exquisita sustentación de argumentos, sino del cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales contenidos en el art. 301-A del CdePP y el art. 22 de la LOPJ.

---

60 Cfr. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", art. cit., p. 5.

61 Al respecto, San Martín Castro, César Eugenio, *Precedentes vinculantes en materia penal*, ob. cit., p. 15.

En todo caso, los acuerdos plenarios pueden cumplir un papel de orientación y de fijación de criterios por parte de los magistrados de la instancia superior y suprema que está en condiciones de abrir una doctrina legal[62], pero dicho papel no puede convertirse en una facultad de fijar precedentes vinculantes que la ley no ha establecido y que su regulación expresa no prescribe.

Su papel, siendo importante, es de mucho menor nivel que la fijación de los principios jurisprudenciales [art. 22 LOPJ] y de los precedentes vinculantes [art. 301-A] en la medida que no pueden sentar fundamentos de aplicación obligatoria, sino puntos de vista orientativos y de persuasión.

José Luis Castillo Alva
Codirector
Actualidad Penal

62 Cfr. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", art. cit., p. 3.

PRIMERA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA
Principios generales

1.

RECURSO DE NULIDAD N.° 2090-2005 - LAMBAYEQUE

EL CONTENIDO Y LOS ELEMENTOS DEL *NE BIS IN IDEM* MATERIAL. RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2007/ESV-22**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Jorge Calderón Castillo
Tema	El contenido y los elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 4 y 5
Concordancia	Código Penal: Art. VIII Título Preliminar

SUMILLA:

4. 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.

5. [Q]ue 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'. [...] y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 2090-2005
LAMBAYEQUE

Lima, siete de junio del dos mil seis.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles contra el auto superior de fojas setecientos sesenta y cuatro, de

1 Recurso de nulidad N.° 496-2006 constituye precedente vinculante (quinto fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22.

fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO

Primero: Que el recurrente al formalizar su recurso de nulidad de fojas setecientos setenta y siete afirma que la Sala Penal Superior vulneró el principio *ne bis in idem*, establecido en el inciso diez del artículo doscientos treinta de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, pues mediante la resolución recurrida dispuso la continuación de su procesamiento a nivel judicial pese a que por los mismos hechos había sido previamente sancionado administrativamente por doce meses con cese temporal y sin goce de remuneraciones.

Segundo: Que se imputa al encausado Víctor Manuel Carrillo Gónzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve haber adicionado a la suma de seiscientos setenta y siete nuevos soles la palabra dólares americanos, con la finalidad que la Municipalidad agraviada pague una suma mayor a la que realmente debía hacerlo y él apropiarse de la diferencia, que ascendía a mil seiscientos veinticinco nuevos soles; que, además se le atribuye que coadyuvó a que sus coencausados Alejandro Jacinto Muro —alcalde de la Municipalidad de Pítipo— y Juan Armando Chirinos Tello —tesorero— entreguen al imputado Genaro Segura Azaña cheques por un valor de ciento ocho mil sesenta soles, y que los encausados Alejandro Jacinto Muro Távara y Armando Chirinos Tello proporcionen a José Carbonel Acosta la suma de cuatro mil soles sin que exista motivo alguno.

Tercero: Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación solo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la *ultima ratio* en relación con los *demás* medios de control social.

Cuarto: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo 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 solo 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

Finalidad del procedimiento administrativo sancionador

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.

Derecho administrativo sancionador: No rige el principio de lesividad

Quinto: 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 solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.

Principios de ne bis in dem material, proporcionalidad y legalidad

Sexto: Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción Penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes —posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro—; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la

responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta-dos mil dos -AA/TC, veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés veintidós-dos mil cuatro-AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro-dos mil cuatro-HC/TC, respectivamente.

Sétimo: Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal —conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce—; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal —véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco—, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de ne bis in ídem.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles en el proceso que se le sigue por delito contra la Administración pública-peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / VALDEZ ROCA / LECAROS CORNEJO / CALDERÓN CASTILLO

SECCIÓN SEGUNDA
La ley penal

I.
APLICACIÓN TEMPORAL

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2006/CJ-116
COMBINACIÓN DE LEYES O UNIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS LEYES

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2006/CJ-116**
Fecha	3.10.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hugo Molina Ordóñez (voto mayoría) y Cesar San Martín Castro (voto minoría)
Tema	Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes
Doctrina legal	ff. jj. n.° 10-13
Concordancia	Código Penal: art. 6

SUMILLA:

11. [E]s 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes

Lima, trece de octubre del dos mil seis

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias supremas que analizan y se deciden por la aplicación del denominado principio de combinación de leyes y, alternativamente, del denominado principio de unidad en la aplicación de leyes. Entre ellas las Ejecutorias recaídas en las consultas número 69-2005/Ayacucho, del 11 de junio del 2005, y número 110-2005/Puno, del 28 de abril del 2006.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precederte vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de 10 votos por la primera posición: combinación de leyes contra 4 votos: unidad en la aplicación de la ley, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente del

voto de mayoría al señor Molina Ordóñez, y como redactor del voto de minoría al señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Retroactividad de la ley penal favorable

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.

Aplicación de la ley penal más favorable

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*".

Conflicto en el tiempo

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 casoto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexa con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la ley en cuanto le sea favorable al reo.

Determinación de la ley más benigna

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

Principio de combinación

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.

Combinación de leyes

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.

Principio de necesidad de 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 "El *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 aplicable, 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*".

Principio de combinación

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por mayoría de 10 votos contra 4; **ACORDÓ:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 10 a 13 de la presente Sentencia Plenaria.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario.

17. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano.*

Hágase saber.

S.S.
SALAS GAMBOA/ GONZÁLES CAMPOS/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA / LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ/ PEIRANO SÁNCHEZ/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ URBINA GAMBINI

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES SIVINA HURTADO, SAN MARTÍN CASTRO, VALDEZ ROCA Y CALDERÓN CASTILLO

Los señores vocales supremos que suscriben discrepan radicalmente de los fundamentos y sentido del voto mayoritario que antecede. Los motivos de nuestra discrepancia, redactados por el señor San Martín Castro, son los siguientes:

1. La Constitución Política de 1993 en materia de aplicación temporal de la ley penal sustantiva consagra, en primer lugar, que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando esta favorece al reo —artículo 103, segundo párrafo—; y, en segundo lugar, que en caso de conflicto entre leyes penales se debe aplicar la ley más favorable al procesado —artículo 139, literal 11—. Ambas disposiciones constitucionales —vinculadas, a su vez, al principio limitador del *ius puniendi* que es el de legalidad (artículo 2, numeral 24, literal e de la Ley Fundamental) y, dentro de él, a la denominada garantía *'criminal'*. asociada entre otras a la exigencia genérica de prohibición de retroactividad *(lex praevia)* —consagran, de un lado y como regla general, el principio *"tempus regit actum" y* de otro lado, como excepción común al Derecho penal, la exigencia de ley previa que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición —una ley penal de esas características solo tiene efectos *ex nunc,* no ex tunc— y que, a su vez, garantiza la vigencia material del principio de seguridad jurídica: solo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, solo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.

Principio "tempus regit actum"

Principio de seguridad jurídica

2. En este sentido, desarrollando en lo pertinente ambos preceptos constitucionales, el artículo 6 del Código Penal precisa: "*La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible* [tempus comissi delicti], *No obstante, se aplicará la más favorable al reo. en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*". Es evidente, entonces, en *primer lugar,* que el conflicto ha de producirse entre dos o más leyes penales y no entre las diversas disposiciones de dichas leyes, esto es, entre la ley derogada y la nueva ley; y, en *segundo lugar,* que ni los preceptos constitucionales citados ni el mencionado artículo 6 del Código Penal estatuyen que debe aplicarse en caso de conflicto temporal los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado. Lo que en

Conflicto de leyes penales en el tiempo

buena cuenta hace el voto mayoritario es 'crear' jurisprudencialmente una tercera ley con disposiciones no incorporadas puntualmente en una norma con rango de ley, vista como totalidad o como unidad.

3. La invocación a la exposición de motivos del Código Penal vigente no es de recibo, *primero*, porque si bien es válido y razonable utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación normativa, en sí misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley, a su sentido literal posible; y, *segundo*, por cuanto en el caso concreto lo expuesto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal y como fue aprobado, del artículo 6 del Código Penal. este hace mención, con palpable claridad, a la ley más favorable; no se refiere a los aspectos favorables de una ley para aplicarlos con relativa independencia del texto íntegro de la misma y, de ese modo, en comparación con la ley o leyes derogadas, 'construir' pretorianamente una disposición *ad hoc* para el caso concreto, vulnerando la vocación de generalidad de toda norma jurídica y, adicionalmente, el principio constitucional de separación de poderes. No se puede confundir, entonces, "ley" con "artículo de la ley".

Diferencia entre "ley" y "artículo de ley"

4. En tal virtud, es de precisar que cuando se presenta un supuesto de conflicto de leyes penales en el tiempo ha de acogerse, como regla básica y fundamental, el principio de unidad de aplicación de la ley —criterio de alternatividad estricta de las leyes penales en conflicto—, de suerte que a los efectos de escoger la solución más favorable se ha de considerar como hipotéticamente coexistentes las leyes que se han sucedido desde el momento de la comisión del delito y deberá compararse in concreto o en bloque y aplicarse de manera completa —como un todo— la ley que permita la consecuencia menos gravosa —perspectiva de análisis referida al caso concreto—[El juez debe considerar paralelamente el resultado a que se llegaría con una y otra ley y aplicar la más benévola, debe referirse al caso que se juzga]. No es posible aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra —conmixtión de ambas leyes— pues con ello el órgano jurisdiccional estaría creando una nueva ley o *lex tertia* que no existe con fragmentos de otras dos, asumiendo de ese modo funciones legislativas que no le competen y que la Constitución entrega el Congreso de la República, obviando además los criterios generales establecidos por el legislador.

Principio de unidad de aplicación de la ley

5. En la práctica jurisprudencial es frecuente la invocación a la aplicación de las disposiciones sobre prescripción y, simultáneamente, de los preceptos que regulan las penas conminadas en los tipos legales respectivos, lo que ha determinado que en muchos casos el órgano jurisdiccional 'combine' desde una perspectiva temporal las

disposiciones respectivas de las leyes en conflicto. Sin embargo, esa solución no es aceptable porque aun cuando se afirme la posibilidad de aplicar dos disposiciones de leyes penales diferentes —solo factible, según esa concepción, en las denominadas *'leyes complejas divisibles'*—, en el caso de dos instituciones con diferente nivel de tratamiento y concepción jurídica no es posible tal fraccionamiento, y de hacerlo —como lamentablemente se viene haciendo— equivaldría a crear una tercera ley, lo cual está constitucionalmente prohibido —y así lo dicen los partidarios de esa concepción—; en este caso ni siquiera se aplica por separado cada clase de reacción penal según la fase de determinación que corresponda, sino que se combinan reglas jurídicas indivisibles pertenecientes a diferentes ámbitos jurídicos. Así las cosas, no se trata siquiera de una interpretación integrativa, sino de una creación judicial de una tercera ley.

6. Por consiguiente, no cabe invocar el principio de combinación de leyes penales para resolver un conflicto de leyes penales en el tiempo. Nuestra Constitución y el Código Penal asumen la concepción de unidad de la aplicación de la ley penal material, esto es, el criterio de alternatividad estricta.

Alternatividad estricta

SS.

SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / VALDEZ ROCA/ CALDERÓN CASTILLO

2.
SENTENCIA PLENARIA N.° 2-2005/DJ-301-A
SUSTITUCIÓN DE PENAS POR RETROACTIVIDAD BENIGNA. LA APLICACIÓN DE LA LEY N.° 28002

Sentencia Plenaria	**N.° 2-2005/DJ-301-A**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Cesar San Martín Castro y José Luis Lecaros Cornejo
Tema	*Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.° 28002*
Doctrina legal	f. j. n.° 14
Concordancia	Código Penal, art. 6 Ley N.° 28002

SUMILLA:

14. [...] [D]octrina legal:

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 esta 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. [...]

PLENO JURISDICCIONAL DE LOS VOCALES DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA PLENARIA N.° 2-2005/DJ-301-A

Discrepancia jurisprudencial: Artículo 301-A CPP
Asunto: Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.° 28002

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959, han pronunciado la siguiente

SENTENCIA PLENARIA

1. ANTECEDENTES

1. Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Corresponde en este caso, luego de las labores preparatorias del Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, dar cumplimiento a lo dispuesto por el citado artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, y dictar una sentencia plenaria respecto a la definición de los criterios necesarios para la aplicación del artículo 6 del Código Penal, sobre *"sustitución de penas por retroactividad benigna"* con motivo de la entrada en vigor de la Ley número 28002. Con motivo de la interpretación y aplicación de dicha institución ha surgido una discrepancia entre las Ejecutorias Supremas del dieciséis de marzo de dos mil cinco, recaída en el Expediente número trescientos cincuentidós-dos mil cinco, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, y del veintisiete de abril de dos mil cinco, recaída en el Expediente número ciento treinta-dos mil cinco, dictada por la Sala Penal Permanente. Esta última Ejecutoria, con arreglo al apartado dos del referido artículo 301-A de la Ley Procesal Penal, decidió la convocatoria al Pleno Jurisdiccional.

3. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de justicia, en el quinto fundamento jurídico, luego de hacer referencia al Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores del año dos mil cuatro, que dictó un Acuerdo Plenario sobre este tema, y aceptando que la sustitución de la pena que es de dictarse al amparo del artículo 6 del Código Penal, en función a los artículos 296 y 297 del Código Penal debe evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias de los principios de legalidad y de proporcionalidad, y aplicarse en base a criterios comunes que no afecten las diferencias entre tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados. Asimismo, en el sexto fundamento jurídico estipuló que la sustitución no debe llevar a una nueva pena concreta, y por ello —siguiendo al aludido Pleno Superior— incorporó cuatro criterios de sustitución: **(1)** si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; **(2)** si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; **(3)** si

la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y, (4) si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo doscientos noventiséis), no se podrá reducir la pena.

4. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, en el tercer fundamento jurídico estableció que al alterarse las bases de la determinación de la pena con motivo de la Ley número 28002, conforme al artículo 6 del Código Penal, ineludiblemente debe sustituirse la pena impuesta por otra más benigna. En el cuarto fundamento jurídico precisó que la sustitución debe respetar las diversas circunstancias que permiten concretar legalmente la pena, que desde el derecho procesal debe atender a la declaración de hechos probados y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la nueva pena, y desde el derecho material debe acatar el principio de proporcionalidad de la pena, los criterios rectores de los artículos 45 y 46 del Código Penal, sin que resulte aceptable acudir a criterios o pautas matemáticas o estándares tasados de cualquier índole para establecer la nueva penalidad, que no son acordes con un sistema de determinación legal relativa de la pena. Finalmente, en el sexto fundamento jurídico estatuyó que si en la sentencia materia de sustitución se comprendió una atenuación especial y se impuso una pena por debajo del mínimo legal resulta imperativo que la nueva pena resultado de la sustitución deba ser inferior al mínimo legal estipulado en la nueva ley; a su vez, estimó que no es posible instituir reglas fijas para la sustitución de las penas ni es posible desconocer los efectos de la cosa juzgada en orden a la declaración de hechos probados y determinación de las circunstancias jurídicamente relevantes de la individualización de la pena ya establecidas en la sentencia condenatoria firme.

5. La deliberación y votación del asunto en discusión se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de nueve señores vocales y con el voto discrepante del señor Sivina Hurtado, que se agregará en documento aparte, se emitió la presente sentencia plenaria. Se designó como ponentes a los señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 6 del Código Penal consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable. En caso de conflicto en el tiempo de leyes penales debe aplicarse la ley más favorable, incluso cuando media sentencia firme de condena, en cuyo caso —en tanto la pena subsista, está pendiente o en plena ejecución— "[...] *el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva le*" —si la nueva ley descriminaliza el acto, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho, tal como dispone el artículo 7 del Código acotado—.

Retroactividad de la ley penal más favorable

Se trata en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa juzgada.

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

Modificatorias de la Ley N.° 28002 a los arts. 296 y 297 del CP

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

Problemas operativos en torno a la sustitución de penas y la aplicación de la ley penal más favorable

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, esta 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

Retroactividad benigna y variación de la pena legal abstracta

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 —sí, desde luego, la variación legal incide en ese solo ámbito—, debe ser respetada. Y esta 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.

El respeto de los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores relevantes para la determinación de la pena

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.

La nueva pena sustituida debe imponer el máximo o mínimo legal establecido en la nueva ley

12. Finalmente, como se ha indicado en la última parte del párrafo anterior, puede darse el caso que el Tribunal originario imponga una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior. La pena, sin duda, debe sustituirse siguiendo esos criterios y resultados, pero como no existen reglas tasadas sobre el particular —ni es posible instituirlas en razón al sistema de determinación legal relativa de la pena del Código Penal—, de cómo operar en esos casos para llegar a una pena sustituida concreta, el Tribunal de la sustitución debe graduarla en función a los factores y circunstancias señaladas en la sentencia y que fluyen de autos, específicamente los artículos 45 y 46 del Código Penal, con estricto

La aplicación de la pena por debajo del mínimo

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.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunido de conformidad con el apartado dos del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959; por mayoría de 9 votos contra uno.

HA RESUELTO

14. ESTABLECER la siguiente doctrina legal, respecto a la aplicación del artículo 6 del Código Penal en relación con la Ley número 28002:

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

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

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

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

5) Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o esta 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

15. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedente vinculante para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en especial las vinculantes, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos de la presente Sentencia Plenaria.

16. PUBLICAR esta Sentencia Plenaria en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.
GONZÁLES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZELADA/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SIVINA HURTADO

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

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

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

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

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

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

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

S
SIVINA HURTADO

3.

RECURSO DE NULIDAD N.° 1500-2006 - PIURA

CAMBIO JURISPRUDENCIAL Y RETROACTIVIDAD BENIGNA DE LA LEY PENAL. IMPERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO PENAL[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2007/ESV-22**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Raúl Valdez Roca
Tema	Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6 del Código Penal.
Doctrina legal	f. j. n.° 5.
Concordancia	Código Penal: art. 6
SUMILLA:	
El cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [...], menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1500-2006
PIURA

Lima, diecisiete de julio del dos mil seis.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Noni Cadillo López contra la resolución de fojas trescientos noventa y ocho, su fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal Supremo en lo Penal.

---

1 Recurso de nulidad N.° 1500-2006 constituye precedente vinculante (quinto fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22.

CONSIDERANDO

Primero: Que mediante sentencia de fojas trescientos veintiuno, de fecha uno de junio de dos mil cuatro, entre otros, se condenó a Noni Cadillo López como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado —artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil dos— a cinco años de pena privativa de la libertad; que dicho condenado se mostró conforme con esa sentencia, según se aprecia del acta final de fojas trescientos catorce.

Segundo: Que, sin embargo, mediante escrito de fojas trescientos setenta y ocho del seis de diciembre de dos mil cinco, es decir, luego de más de un año de expedida la sentencia condenatoria, solicitó la adecuación de tipo penal, petición que fue desestimada por el Tribunal Superior; que el encausado en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos seis sostiene que al momento de resolver no se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco, publicado el veintiséis de noviembre del dos mil cinco, que por ello en base a los hechos declarados probados resulta inaplicable el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, en tanto que si bien fue intervenido en posesión de quinientos diez gramos de pasta básica de cocaína no existió concierto con los coacusados David López Silva y Jorge Acosta Huamán para el trasporte de la droga .

Tercero: Que, el Acuerdo Plenario tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, respecto a la pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas, estableció: **a)** La sola existencia o concurrencia, sin más de una pluralidad de agentes (tres a más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis 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 dictado inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal; **c)** [...] si quien participa en el hecho como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo interviene

o necesariamente intervendrán por lo menos tres personas, incluidas él, no será posible ser castigado por dicha agravante; y, **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 [...].

Cuarto: Que de autos se llegó a establecer que la ideación, deliberación, decisión y ejecución del delito se realizó en forma concertada entre los encausados Jorge López Huamán, Noni Cadillo López y David López Silva, pues la droga era trasladada desde Lima a Piura y el sentenciado López Huamán manifestó haberse puesto de acuerdo con Cadillo López para transportar la droga y que previamente concertó con López Silva, por lo que el argumento que sostiene el recurrente en el sentido que no existió pluralidad de agentes y, por tanto, que su conducta de tipificarse en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, carece de todo sustento probatorio, máxime si los hechos fueron debidamente valorados en su oportunidad por la Sala Superior, momento en que pudo cuestionar la tipificación de su conducta, sin embargo se conformó con la mencionada sentencia.

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 esta 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.

Garantía de cosa juzgada

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 solo 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 solo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya 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

Cambio jurisprudencial no es un cambio normativo

editores, Lima, 2004,p.133)], 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.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas trescientos noventa y ocho, su fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Noni Cadillo López; en el proceso que se le siguió en su contra y otro por el delito contra la salud pública —tráfico ilícito de drogas— en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDEZ ROCA/ LECAROS CORNEJO/ CALDERÓN CORNEJO

4.

RECURSO DE NULIDAD N.° 1920 -2006 - PIURA

ACUERDOS PLENARIOS Y APLICACIÓN RETROACTIVA DE SUS DISPOSICIONES[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2007/ESV-22**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6 del Código Penal.
Doctrina legal	f. j. n.° 3
Concordancia	Código Penal: art. 6

SUMILLA:
[U]n supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida [...] en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1920 -2006
PIURA

Lima, ocho de agosto del dos mil seis.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Oscar Rimay Dávila contra el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, su fecha diecisiete de marzo de dos mil seis; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo Penal.

---

1 Recurso de Nulidad N.° 1920-2006-Piura constituye precedente vinculante (tercer fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22

CONSIDERANDO

Primero: Que mediante escrito de fojas setecientos veintinueve, del quince de diciembre de dos mil cinco, el sentenciado Rimay Dávila solicitó la aplicación inmediata del Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del veintiséis de noviembre del dos mil cinco, y en consecuencia la adecuación del tipo penal previsto en el artículo doscientos noventa y siete inciso siete del Código Penal —en mérito al cual fue sentenciado— al tipo penal base previsto en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal; que, según sostiene, el Acuerdo Plenario en mención señala que la sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal (anteriormente inciso siete), ya que tal concepción violaría el principio de la proscripción de la responsabilidad objetiva, además que la simple ejecución, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada, siendo imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de que por lo menos tres personas participan en la comisión del delito; que en el presente caso, anota el recurrente, el sentenciado Santos Gerardo Alama Prieto no ha tenido conocimiento que eran por lo menos tres las personas que iban a participar en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, lo que se aprecia de la propia sentencia que lo condena pues tomó como fundamento diferente sustento al de la pluralidad de agentes referida; que, sin embargo, dicha solicitud fue desestimada por el Colegiado Superior por resolución de fojas setecientos cuarenta y nueve, del diecisiete de marzo de dos mil seis, lo que dio lugar a la interposición del recurso de nulidad correspondiente, el mismo que se formalizó mediante escrito de fojas setecientos setenta y seis e invocó los mismos argumentos esgrimidos en la primigenia solicitud, la determinación de una insuficiente fundamentado n en la resolución recurrida, y la invocación a la aplicación igualitaria del citado Acuerdo Plenario.

Segundo: Que, ahora bien, el recurrente Rimay Dávila fue condenado como autor de la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego, previstos y sancionados por los artículo doscientos setenta y nueve y doscientos noventa y siete inciso sexto —modificado por ley veintiocho mil dos—, del Código Penal, a siete años de pena privativa de libertad, multa e inhabilitación, para lo cual se valoró, entre otros, la pluralidad de agentes que intervinieron en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

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 a lo señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de 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, este no es de aplicación retroactiva ya que esta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme solo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida [Derecho penal. Parte general, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 175]; que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

Aplicación retroactiva solo para la ley penal

Cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, su fecha diecisiete de marzo del dos mil seis, que declara improcedente la adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Oscar Rimay Dávila en el procedimiento seguido en su contra y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDEZ ROCA/ **LECAROS CORNEJO**

SECCIÓN TERCERA
El hecho punible

I.
BASES DE LA PUNIBILIDAD

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 1-2015/CIJ-116
SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL Y LOS PROCESOS INTERCULTURALES POR DELITOS DE VIOLACIÓN DE NIÑAS Y ADOLESCENTES

Acuerdo Plenario	**N.º 1-2015/CIJ-116**
Fecha	2.10.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes
Doctrina legal	ff. jj. n.ºs 12-16
Concordancia	Código Penal: art. 15

SUMILLA:

[…] Deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15 del Código Penal a los imputados: i) Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15 del Código Penal […]; ii) La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia […] iii) La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para […] una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural; y, iv) […] enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.º 1-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes

Lima, dos de octubre del dos mil quince.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: *el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias*. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. En esta etapa fueron recepcionados importantes aportes orales y escritos formulados por DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y por la Defensoría del Pueblo, los cuales han sido analizados e incorporados como material informativo para la elaboración del presente Acuerdo Plenario. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, en las sesiones de fecha 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de setiembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

4. La *tercera etapa* del IX Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes del Problema

6. Históricamente los delitos de violencia sexual contra menores de catorce años de edad han generado siempre una grave alarma social. Por tal razón en la legislación vigente ellos están sancionados con penas muy severas, entre las que se incluye a la cadena perpetua. En la actualidad la judicatura penal nacional viene registrando una recurrencia relevante de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, los cuales tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país. La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco.

Problemática sobre la violencia sexual en menores de 14 años

7. La mayoría de estos casos guarda relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años. En lo esencial, por ejemplo, es común encontrar como razón etiológica de estos sucesos una arraigada tolerancia y fomento social en las comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar. Para los investigadores de esta actitud cultural, ella refleja

Patrones culturales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual en menores

un consolidado modelo histórico de discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista [Cfr. VILLANUEVA FLORES, Rocío: *Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas*, en *Revista de Derecho Público* n.° 32, enero-junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 17 y ss.]. Es más, dicho patrón cultural se reproduce en los siguientes comportamientos y creencias:

1. Toda menor de edad que menstrúa puede mantener relaciones sexuales y ser sometida a ellas.
2. Prácticas arraigadas de matrimonios arreglados para niñas o adolescentes menores de catorce años.
3. Venta de niñas o adolescentes menores de catorce años con fines matrimoniales.
4. Validación y tolerancia del "robo" (rapto).
5. Legitimación de prácticas sexuales tempranas consentidas.

8. En ese contexto, otro componente que también incide negativamente en la extensión de la imagen del problema descrito, lo constituye la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15 del Código Penal (*"El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuara la pena"*).

Práctica disfuncional de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del art. 15 CP

Esta práctica disfuncional de los órganos jurisdiccionales coadyuva determinantemente a que tales actos de agresión sexual queden impunes o sean objeto de penas simbólicas o extremadamente atenuadas. Pero, también, en conexión con lo anterior el proceder judicial adolece de otras disfunciones como las siguientes:

1. Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15, sin mediar una pericia antropológica.
2. Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual.
3. Invisibilización frecuente de la víctima en los procesos judiciales.
4. Ausencia de otros medios de contrastación de las costumbres o patrones culturales que influyeron en la conducta delictiva para decidir la aplicación de los efectos del artículo 15 del Código Penal.

5. Escaso conocimiento y utilización práctica de los protocolos de actuación judicial intercultural.

6. Distorsión ideológica sobre el rol y situación de la víctima de la violencia sexual *("prestó su consentimiento", "sus padres y la comunidad lo aceptaron", "así son pues sus costumbres").*

7. Falta de equidad y sensibilidad en las decisiones judiciales sobre la reparación de los daños sufridos por la víctima.

9. Todo parece indicar que estas malas prácticas judiciales guardan relación directa con una inadecuada o parcializada información que recepciona el órgano jurisdiccional desde los contenidos y conclusiones de las pericias antropológicas, dispuestas y realizadas para explicar la trascendencia intercultural de los hechos de agresión sexual imputados [Conforme GUEVARA GIL, Armando: *El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*; Verona Badajoz, Aarón: ¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes, ambos en Guevara Gil, Armando —Verona Badajoz, Aarón— Vergara, Roxana (editores), El peritaje antropológico. *Entre la reflexión y la práctica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 167 y ss.]. A dicha deficiencia informativa cabe añadir también la falta de otros medios de contraste que sean igualmente idóneos para entender o contrastar el real significado intercultural del delito cometido. Entre las principales observaciones que cabe formular a tales instrumentos técnicos de auxilio judicial cabe señalar las siguientes:

Problemas frecuentes en la elaboración de las pericias antropológicas

A Pericias que solo aportan información insuficiente y general.

B. Limitada capacidad, calidad y experiencia técnica de los peritos.

C. Referencias escasas y genéricas sobre los patrones culturales que determinan la tolerancia de prácticas sexuales con menores de 14 años (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre los padres de la menor y el hombre, relaciones sexuales intrafamiliares, falta de costumbres de enamoramiento).

D. Necesidad, no siempre justificada, de aplicar a todo caso el artículo 15, como vía exclusiva y excluyente de realización de una justicia penal intercultural.

E. Reflexiones y cuestionamientos legales impertinentes sobre la severidad de las penas solicitadas por el Ministerio Público.

F. Validación cultural de prácticas sexuales realizadas con niñas y adolescentes, cuando fueron consentidas y la denuncia de los hechos fue realizada por terceros.

G. Tendencia a construir las conclusiones periciales como un alegato de defensa a favor del procesado, lo que afecta la objetividad del análisis técnico del caso.

H. Marcado compromiso emotivo de los peritos con los imputados que pertenecen a otros contextos culturales y son sometidos a la justicia penal, lo que los lleva a sostener una constante presunción de inocencia por motivos culturales.

§ 2. Oportunidades interculturales y jurídicas para superar la problemática detectada

10. En la actualidad existen diferentes estudios antropológicos sobre la problemática de las relaciones sexuales tempranas con niñas y adolescentes menores de 14 años que han puesto en evidencia la existencia al interior de las comunidades andinas y amazónicas peruanas de importantes vetas de ilustración, que cuestionan críticamente los patrones culturales hegemónicos que inciden en el mantenimiento y fomento de tales prácticas. Así lo demuestran los estudios empíricos realizados en núcleos campesinos de Bambamarca por Gittliz, y, entre las mujeres, de la etnia Awajún por Fuller Osores. El primero ha desmitificado que el matrimonio con niñas o adolescentes menores de 14 años sea una costumbre, así como ha demostrado que entre estos núcleos campesinos coexisten notables manifestaciones de rechazo a todo abuso sexual contra menores de 13 años [GITLITZ, John Stephen: *La cultura es más compleja de lo que pensamos: artículo 15 y la violencia sexual de menores*. Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual*, Cajamarca, 14 de agosto del 2015]. Por su parte, la segunda, también ha puesto en evidencia que actualmente las mujeres jóvenes y adultos demandan, desde el interior de las etnias amazónicas, que no se les entregue a temprana edad para convivir con hombres y tener relaciones sexuales [FULLER OSORES, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual*. Cajamarca, 14 de agosto de 2015].

Estudios empíricos

Pero, además, entre órganos representativos de las autoridades comunales, como la Central Única de Rondas Campesinas del Perú, se ha detectado, igualmente, tendencias a favor de cambiar aquellas prácticas de discriminación y agresión de género. En efecto, en un comunicado sobre la materia, del 21 de setiembre del 2015, hecho

público durante el desarrollo del VI Congreso Internacional de Justicia Intercultural realizado en Puno, dicho colectivo anunció su voluntad de reconocer el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a una tutela jurisdiccional efectiva frente a todo abuso y forma de violencia sexual que se cometa en el espacio donde la justicia ronderil ejerce competencia. Esta importante declaración incluyó también la promoción de acciones para propiciar "*una mayor participación de las mujeres en la administración de justicia y el cambio de prácticas sociales machistas o de abuso... y una mejor comprensión de sus derechos*".

Autoridades comunales están a favor de erradicar la agresión de género

11. En el ámbito jurídico confluyen múltiples declaraciones regionales especializadas e instrumentos internacionales, suscritos por el Perú, que demandan, también, que las conductas y costumbres que afectan a las mujeres, niñas y adolescentes en entornos interculturales sean modificadas o removidas por constituir estas modalidades graves de discriminación y violencia de género; [Conforme: CENTRO DE CULTURAS INDÍGENAS DEL PERÚ (*et al.*): Un Continente, Un solo espíritu. Memoria del IV Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, Lima 2004, p. 114 y ss.]. Ejemplo de esta tendencia normativa es el artículo 7.e de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-Convención de Belém Do Pará. Según esta disposición: "*Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en:* [...] *Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*". En ese mismo sentido, la 57.ª Sesión de la Comisión de la Condición de la Mujer de las Naciones Unidas, emplazó a los Estados para la creación de "*mecanismos de accesibilidad a la justicia ordinaria para mujeres indígenas, a través de la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios que imparten justicia en materia de derechos individuales y colectivos con enfoque de interculturalidad y de género...*" (*Declaración de las Mujeres Indígenas*. Numeral 5. Naciones Unidas. Nueva York. Marzo del 2013).

Instrumentos jurídicos internacionales a favor de erradicar la agresión de género

Además, se viene produciendo un cambio de enfoque y de praxis entre los órganos de la justicia ordinaria y constitucional de nuestra región frente a los abusos sexuales contra menores en contextos pluriculturales. Al respecto se marca la necesidad de abordar tales conflictos interculturales desde un test de compatibilidad y ponderación con las exigencias derivadas del principio universal de prevalencia del interés superior del niño [SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Violencia sexual a menores y pluralismo jurídico en contextos multiculturales. Experiencia*

Colombiana. Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual*. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En coherencia con ello la Corte Constitucional colombiana ha sostenido lo siguiente: *"En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio pro infans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de las restricciones de la jurisdicción ordinaria los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad"* (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 617 de 2010).

Principio de interés superior del niño

Cambio de enfoque en la praxis jurisdiccional

12. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca que el **enfoque de interculturalidad**: *"Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes"* (Artículo 3.3). Asimismo, declara que "*las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación"* (Artículo 9). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estratégicas institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, el *Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos* ha establecido en las Reglas de Actuación N.° VIII (9 y 10) lo siguiente:

Enfoque de interculturalidad

Marco normativo sobre los procesos interculturales y agresión de género

"Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos-jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas.

Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.

Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual."

13. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma Fuller, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho convencional y constitucional [Fuller Osores, Norma: *Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual.* Cajamarca, 14 de agosto del 2015]. En efecto, de un lado, se posesiona la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perennicen contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que "*La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149*

de la Constitución Política" (Artículo 47). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

Tratamiento de conflictos penales interculturales: Estrategias

14. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15 del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

1.° Estrategia: Diálogo intercultural

2.° Estrategia: Jurisprudencia vinculante

15. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15 del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicas o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y

Objetivo del presente Acuerdo Plenario

adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

§ 3. Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15 en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16. El artículo 15 del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; MEINI, Iván: *Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría General del Delito*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]. Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían "una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos

Error de comprensión culturalmente condicionado

derechos" [HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15 del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

Distorsión en la aplicación

i. Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15 del Código Penal, a fin de que este no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años: Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

1.° Criterio: Aplicación selectiva y restringida del art. 15 CP

ii. La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia: La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15 del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe de centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en

el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por *la "Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas"* elaborada por Guevara Gil y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario [Conforme Guevara Gil, Armando; Verona, Aarón; Vergara, Roxana (editores*): El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima, 2015, p. 221 y ss.]. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

2.° criterio: Pautas para la construcción técnica e idónea de la pericia antropológica

1. "La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.

2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.

3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen."

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

a) La procedencia

b) Los antecedentes

c) El nombre del procesado

d) El motivo del análisis

e) El método de análisis y las técnicas usadas

f) Los resultados

g) Las observaciones

h) Las recomendaciones

i) Las conclusiones

iii. La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas: Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (*amicus curiae*) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15 del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

3.° criterio: Constatación de las conclusiones de la pericia antropológica

iv. La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales: Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15 del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

4.° criterio: Inserción de la doctrina internacional y nacional en las decisiones judiciales

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

18. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12 al 16.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ PRADO SALDARRIAGA/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

II.
CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 1-2009/CJ-116
RONDAS CAMPESINAS Y DERECHO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Duberlí Rodríguez Tineo, Raúl Valdez Roca, César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Rondas campesinas y Derecho Penal
Doctrina legal	ff. jj. n.os 2-17
Concordancia	Código Penal: arts. 15, 20.8, 21, 45.2 y 46.8, 11 Constitución: art. 149 Convenio N.° 169 OIT

SUMILLA:

[L]os patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tiene entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere– i) la impunidad del rondero, ii) atenuación de la pena o iii) ser irrelevantes".

"[C]uando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, esta última puede tener entidad para atenuarla [...] si el grado de afectación no es suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación la atenuación de la pena por exención incompleta y la sanción por delito culposo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Rondas campesinas y Derecho Penal

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Con esta finalidad se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286- 2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran rondas campesinas o comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2.19, 89 y 149 de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo "*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*", del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como —en particular— los artículos 14, 15, 20.8, 21, 45.2 y 46.8 y 11 del Código

Penal —en adelante, CP—. Al respecto es de observar dos datos importantes. En *primer lugar*, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las rondas campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos —siendo rurales— en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En *segundo lugar*, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio del 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo del 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo del 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril del 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo del 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio del 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo del 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril del 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio del 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio del 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997. Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como jueces supremos ponentes a los señores Valdez Roca y Rodríguez Tineo, quienes, con el concurso de los señores San Martín Castro y Prado Saldarriaga, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2.19) —a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado—. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** El derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2.19 de la Ley Fundamental.

Identidad cultural y jurisdicción especial comunal

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del 'Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989' —en adelante, el Convenio—, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas —en adelante, la Declaración—, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre del 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2, 'b' del Convenio, artículo 5 de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar —normativa e interpretativamente— las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero del 2009).

Pueblos indígenas y derecho internacional

La diversidad cultural del Perú —o su realidad pluricultural— está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento —validez y práctica— tanto del derecho consuetudinario —que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia— como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Diversidad cultural en la Constitución

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

7. El artículo 149 de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección 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."* [los resaltados en negrita son nuestros]

Rondas campesinas y comunales

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las rondas campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las comunidades 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 [Fernando Bazán CERDÁN, *Rondas campesinas: la otra justicia*]—, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no solo 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— [Raquel Yrigoyen Fajardo, "Rondas campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo". En: http://www.alertanet.org/ryf-defensoría.htm].

Origen de las rondas campesinas

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 [José Hildebrando Rodríguez Villa, *Peritaje antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre del 2007, p. 58], 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 socioculturales, 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 ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [John Giglitz, Rondas campesinas y violencia. En: *Justicia y Violencia en las Zonas Rurales*, IDL, Lima, 2003, p.146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [Villavicencio Terreros, Felipe, "Mecanismos alternativos de solución de conflictos". En: *Revista Pena y Estado*, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p.113].

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 los 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 ["¿Qué son las rondas campesinas?", martes 6 de enero de 2009. En: http://cunarc.blogspot.com/2009/01/que-son-las-rondas -campesinas.html]. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales —su existencia tiene una vocación de permanencia—. Son expresiones del mundo rural —de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados—, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes —organizan de cierto modo la vida en el campo—, y han definido —aun cuando con relativa heterogeneidad— las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Elementos objetivos y subjetivos de las rondas campesinas

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 [Taruffo, Michele, *La prueba,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 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 [Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos". En: *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre 1994, p.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 [RUIZ MOLLEDA Juan Carlos, *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, pp. 24-25].

Rondas campesinas y su ejercicio de funciones jurisdiccionales

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, pp. 23-28]. Las comunidades campesinas y nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Rondas campesinas y 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 estas se originan en el seno de las citadas comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe comunidades campesinas, puesto que, como el propio artículo 1 preceptúa, son formas autónomas y democráticas

Funciones de las rondas campesinas

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.

§ 2. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera

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

Desde dicha norma constitucional es posible —a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio del 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.

Elementos de la jurisdicción comunal ronderil

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 esta.

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.

Elementos objetivos

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.

Norma tradicional

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, solo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la ronda campesina.

Sujeto pasivo y la cosmovisión

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 solo 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-rondera 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.

Afectación del interés comunal

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, p.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.

El factor de congruencia

12. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que esta 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 [HURTADO POZO, José y DU PUIT, Joseph, "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, pp. 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.

Violación de los derechos humanos en el fuero comunal rondero

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.

Conductas contrarias a los derechos fundamentales en el fuero comunal rondero

§ 3. El rondero ante el Derecho penal

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

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [René Paul Amry, Ob. cit., p. 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

Restricciones al alcance de tipos legales ante los ronderos

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—.

Finalidad de las rondas campesinas

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.

Causa de justificación a favor del rondero

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. .

Determinación de la responsabilidad del rondero

15. Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere,

como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la ronda campesina, la autoridad rondera que actuó —la condición de tal del rondero incriminado—, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar —si correspondiere— **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

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

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

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia —aunque no imposible ni inusitado— los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 CP —que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños—, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad 'oficial' como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [Juan Luis Modell González, "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a

Exención de pena: Error de tipo y error culturalmente condicionado

grupos culturalmente diferenciados". En: *Anuario de Derecho Penal 2006*, p. 283].

16. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, esta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14 CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15 CP) —vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [Terradillos Basoco, Juan María, "Culpabilidad-responsabilidad". En: *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal* (José Hurtado Pozo, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, p. 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:

Atenuación de la pena del rondero

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

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

17. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el juez penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45.2 y 46.8 y 11 CP —compatibles con el artículo 9.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado—; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10 de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento —principio de adecuación de las medidas de reacción social—.

Factores para la individualización de la pena del rondero

III. DECISIÓN

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez jueces supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

19. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 17.

20. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

21. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ BIAGGI GÓMEZ/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN ASTILLO/ ZEVALLOS SOTO

SECCIÓN CUARTA
Las Penas

I.
CLASES DE PENA

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 10-2009/CJ-116
EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN Y RECURSO IMPUGNATORIO

Acuerdo Plenario	**N.° 10-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro y Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Tema	Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-9
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: art. 332 Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116

SUMILLA:

9. [...] [Q]ue los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 10-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Pena de inhabilitación: características

6. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 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.

Pena de inhabilitación y recurso impugnatorio

7. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente —aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional— o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas

de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermenéutica, está vinculado con el párrafo 15 del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: *"La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución..."*. También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9 del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que *"el término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme"*.

Ejecución de la pena de inhabilitación

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— solo 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 del 2004 —en adelante, NCPP—.

Pena de inhabilitación y su inscripción

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 412.1 NCPP—, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto,

Impugnación de la pena de inhabilitación en el régimen del NCPP

conforme al artículo 31.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que solo 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, solo 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 solo 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.

Impugnación de la pena de inhabilitación en el régimen del C de PP

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 del 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.

Tratamiento de la inhabilitación en el ACPP

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

11. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 9.

12. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES 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/ ZEVALLOS SOTO

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2008/CJ-116
ALCANCES DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2008/CJ-116**
Fecha	18.07.2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Duberli Rodríguez Tineo y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Alcances de la pena de inhabilitación
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 8-16
Concordancia	Código Penal: arts. 37 y 36 incs. 1, 6 y 8

SUMILLA:
[E]n aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto el tiempo de duración. El tribunal está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y afijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley, rige el principio de legalidad, no el acusatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116° TUO LOPJ
Asunto: Alcances de la pena de inhabilitación

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos os para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el bito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores vocales supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la

función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Rodríguez Tineo, y se incluyó al señor Prado Saldarriaga quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. 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.

Concepto de pena de inhabilitación

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 aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente 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, aun cuando en algunos tipos le/ales, 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.

Inhabilitación principal y accesoria

§ 2. Contenido de la pena de inhabilitación

8. El artículo 36 del 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 la 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 valido 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.

Derechos objeto de la pena de inhabilitación

§ 3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.

9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

Cómputo de la inhabilitación como pena conjunta

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.

Cómputo de la inhabilitación como pena principal

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:

Límite a la inhabilitación

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 portan 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—.

Excepciones al carácter temporal de la inhabilitación

C. Respecto del inciso 1 del artículo 36 del Código Penal: "*Privación de la función, cargo o comisión que ejercía 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 tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA—. Solo 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 dese que la condena queda firme, por lo que 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).

§ 4. 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 225.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de n debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De manera, el artículo 273 del aludido Código prescribe que la acusación oral del concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el al 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.

Pena de inhabilitación debe ser señalada en la acusación

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 ésta 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 esta la que fija la pena aplicable una vez que han precisado los distintos elementos que la determinan.

Principio acusatorio

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".

Congruencia cuantitativa

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.

Vinculación penológica relativa

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 faculta específica de eliminar 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 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, cúratela o actividad regulada por 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 al 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 esta —en el presente caso la inhabilitación— está prevista en el tipo delictivo al que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

Omisión de solicitar pena de inhabilitación principal

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.

Inhabilitación principal y garantía de defensa

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 (artículos 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.

Omisión de solicitar la pena de inhabilitación accesoria

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.

Extensión de la inhabilitación principal

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111 segundo y último párrafo, 117, 121-A, 124 segundo párrafo, 122-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, 394, 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 funcionarios 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

Aplicación del art. 38 CP

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. En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39 del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente 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 omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción 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 en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

Principio de legalidad de las penas

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica 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 estos 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 esa 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.

Derechos de objeto de inhabilitación

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 fueran pertinentes y a fijar el tiempo de ión 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 desvinculación. En este caso, como es obvio, 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.

Prevalencia del principio de legalidad sobre el acusatorio

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 el Tribunal *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 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.

Subsanación en sede impugnatorio

§ 5. Ejecución de la pena de inhabilitación

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que ha/a sido impuesta como pena principal o accesoria requiere como paso previo, 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:

Proceso de ejecución de la pena de inhabilitación

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 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 o comisión 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 el 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 ia, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate 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 cúratela 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.

Cumplimiento de la pena de inhabilitación

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.

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

18. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 16.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano.*

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ **PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/** VALDEZ ROCA/ ROJAS MARAVÍ/ PONCE DE MIER/ MOLINA ORDÓÑEZ/ SANTOS PEÑA

II.
APLICACIÓN DE LA PENA

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 8-2009/CJ-116
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ARTÍCULO 46-A Y ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 8-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Jorge Calderón Castillo
Tema	La prescripción de la acción penal en el artículo 46-A y artículo 49 del Código Penal.
Doctrina legal	ff. jj. n.° 6-13
Concordancia	Código Penal: arts. 46-A y 49.

SUMILLA:

La circunstancia prevista en el art. 46-A viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo (funcionario público) [...] El incremento punitivo solo se expresa al momento de la determinación de la pena por el juez [...]. Dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Es distinto el caso de la agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (delito de masa) [...]. Para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 8-2008/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: La prescripción de la acción penal en el art. 46-A y art. 49 del CP

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46-A y el artículo 49 del Código Penal —en adelante, CP— en la prescripción de la acción penal. En específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46-A y 49, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, estas incrementan, en el primer caso: en un tercio la

pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Calderón Castillo, quien expresa el parecer mayoritario del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Los artículos 46-A y 49 CP

Naturaleza del art. 46-A del 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 del 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 esta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 CP —35 años—.

Naturaleza abstracta-concreta

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,* p. 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal —artículo 46-A CP—, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, solo 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.

Exigencias subjetivas y objetivas

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.

Delito continuado

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [PEÑA CABRERA, Raúl, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal: Parte general,* Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón, *La prescripción penal: fundamentos y aplicación,* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p.126].

Límites a la aplicación del delito continuado

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva [...]. No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro". [FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Ob. cit.*, p. 689]

Diferencia entre delito continuado y el delito de masa

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*, p.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, *Ob. cit.*, p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un **injusto de mayor gravedad** [GÓMEZ AYALA, Ignacio *Ob. cit.*, p. 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.

Elementos del delito de masa

Son elementos del delito masa: **a)** La realización de un delito continuado; y, **b)** pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Exclusión de la aplicación del delito masa

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 [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 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.

§ 2. La Determinación Judicial de la Pena

Definición de 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 [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, OB. cit., p. 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.

Etapas de la determinación judicial de la pena

Definición de las circunstancias del delito

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 [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal. Parte general,* obras completas, tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1192]. En virtud a ello es que se señala que solo 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.

Carácter accidental

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

Circunstancias comunes genéricas

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 solo 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—.

Circunstancias especiales o específicas

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.

Elementos típicos accidentales

c) Las circunstancias denominadas "elementos típicos accidentales", son aquellas que concurren con una conducta típica. Esta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena,* Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, pp. 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 [BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán, *Lecciones de derecho penal,* volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 396-397].

Función de las circunstancias

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 [BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Ob. cit., p.1195].

§ 3. 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 [RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, Ob. cit., p. 126].

Justificación de la prescripción

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 [RAGUÉS Y VALLES, Ramón, Ob. Cit., p. 45].

Prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción penal

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.

Prescripción de la acción penal y política criminal

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 aquel— 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.

No existe un derecho a la prescripción

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.

Consecuencias materiales de la prescripción

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 [HURTADO POZO, José: *Manual de derecho penal-Parte general I*, 3.ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 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. Esta 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 abstracta como criterio para determinar la prescripción de la pena

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) [S. ZIFFER, PATRICIA, 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, p. 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.

Oportunidad de aplicación de las circunstancias

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.

Alcances del art.46 CP

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 solo 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.

Agravante genérica por la condición del sujeto activo

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

13. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado —delito masa—, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49 CP, constituye ya un delito en sí —delito masa—. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto —la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista

Prescripción de la acción penal en el delito de masa

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.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez jueces supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46-A CP, y de 11 jueces supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49 CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 13.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ BIAGGI GÓMEZ/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ ZEVALLOS SOT

VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO DEL ARTÍCULO 46°-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

Los señores jueces supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor Prado Saldarriaga.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Sobre la función y eficacia del artículo 46-A CP

1. El artículo 46-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante

genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio del 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

2. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397 *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años), igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra recluido, resulta involucrado, como autor o participe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

§ 2. La prescripción de la acción penal y el artículo 46-A CP

Concepto de prescripción de la acción penal

2. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *iuspuniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor.

Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias. Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código

Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119 y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

3. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80 CP, al *"fijado por la ley para el delito"* imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46-A CP.

Principio de legalidad en las circunstancias agravantes del art. 46-A CP

Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquellas que como las reguladas en los artículos 46-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.

Principio de legalidad en las circunstancias agravantes del art. 46-A CP

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez solo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal

sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46-A CP crea un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. [Nuevo marco penal por presencia de circunstancias agravantes del art. 46-A CP]. Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado. Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46-A CP, para que el juez evalué, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

Nuevo marco penal en art. 49 *in fine* CP

4. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49 *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto —la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza—. En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Por estos fundamentos; nuestro voto es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos precisados en los párrafos 1 al 4 precedentes.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO/ PRADO SALDARRIAGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

2.
ACUERDO PLENARIO N.°04-2009/CJ-116
DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO REAL DE DELITOS

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Determinación de la pena y concurso real de delitos
Doctrina legal	ff. jj. n.ºs 6-18
Concordancia	Código Penal: arts. 50, 50-A y 51.

SUMILLA:
Para determinar la pena concreta en un concurso real de delitos, el juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtendrá como resultado la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.
Si la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley [...] el juez, deberá imponerla dentro del marco legal correspondiente.
Si es un recurso acusatorio, el Tribunal de revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del fiscal; Si es un recurso defensivo y la pena impuesta es incompatible con el marco penal legalmente establecido, no será posible subsanar el error ni anular el fallo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Determinación de la pena y concurso real

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal , aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares

características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores San Martín Castro y Prado Saldarriaga, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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 del 2006.

Concurso real

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, p. 703].

Concurso real homogéneo

Concurso real heterogéneo

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:

Requisitos del concurso real

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, p. 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.

Enjuiciamiento conjunto o simultaneo por concurso real

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:

Principio de atenuación

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.

Pena básica

Pena concreta parcial

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.

Pena concreta total

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. Esta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de

Limitaciones

En caso de que sea cadena perpetua

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 solo 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.

Concurso real retrospectivo

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 del 2003. Al año siguiente, en marzo del 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio del 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185 CP), falsedad documental (artículo 427 CP) y lesiones graves (artículo 121 CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

Requisitos del concurso real retrospectivo

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 solo 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, p. 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 solo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

Determinación de la pena concreta aplicable en el concurso real retrospectivo del delito

§ 2. El concurso real de faltas

10. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre del 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según este 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*".

Concurso real de faltas

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.

Requisitos del concurso real de faltas

11. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente *"... infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,..."*. Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50-A CP: *"...será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, 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 solo 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 solo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441 CP o contra el patrimonio del artículo 444 CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia —pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes— que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *"Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o participe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado"*. La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que sí 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 del 2009 (DIARIO OFICIAL *EL PERUANO. Suplemento de normas legales*. Edición del martes 29 de septiembre del 2009, p. 403452). Por tanto, el texto vigente ha 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 agente 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.

Determinación de la pena concreta aplicable en concurso real de faltas

§ 3. 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.

Acusación fiscal: Exhaustiva y concreta

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,

Contenido de la acusación fiscal

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 y 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.ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p.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, solo 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. Solo 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

Referencias jurídicas al concurso de delitos

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, aun 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 esta 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, Ob. cit., p.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. Este 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.

Errores y omisiones en la acusación fiscal sobre concursos

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. Esta es la doctrina que fluye de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero del 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

Tribunal no tiene vinculación absoluta con el pedido de pena

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 y 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.

Petición de pena inicial en el principio de contradicción y garantía de defensa procesal

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, p.30].

NCPP: Prohibir la imposición de la pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público

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 librado 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).

Primacía del principio de legalidad ante error en la petición de pena en la acusación

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, Ob. cit., p.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 aun 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.

Primacía del principio dispositivo ante el Tribunal de revisión

III. DECISIÓN

19. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

20. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 18.

21. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

22. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.s.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA / BIAGGI GÓMEZ/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIOS ALVARADO/ PRINCIPE TRUJILLO / BARANDIARÁN DEMPWOLF/ NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO/ ZEVALLOS SOTO

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2010/CJ-116
CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DE DISTINTO GRADO O NIVEL Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga y Roberto Barandiarán Dempwolf
Tema	Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 7-12
Concordancia	Código Penal: art. 189

SUMILLA:
La circunstancias 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases:

En la *primera fase* —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores jueces supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

3. En cuanto al tema en debate: "Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena", informaron oralmente los señores Eduardo Ore Sosa —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, y Elvia Atoche Gutiérrez —en representación de la Comisión Episcopal de Asistencia Social—.

4. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores jueces supremos ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores jueces supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6. La deliberación y votación del tema "Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena", se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor Barandiarán Dempwolf.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ V. Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel

Definición

7. 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 repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152, 186, 189 y 297 el Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de ircunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene revista 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 pe las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. Artículo 189 del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen 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.

§ 2. 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 del 2008, Fundamento Jurídico 9].

Concurrencia de circunstancias y valoración judicial

10. Por tanto, todas las circunstancia 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 circunstancia concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente.

Test de compatibilidad prohibición de doble valoración y ne bis in idem

11. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189, 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).Solo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

Circunstancias agravantes compatibles

Circunstancias agravantes incompatibles y especialidad

§ 3. La determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel

12. 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. 189, inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189. 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189, tercer párrafo). En estos casos 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.

Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto nivel

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 12.

15. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRIGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRINCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOL/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

4.
ACUERDO PLENARIO N.° 1-2008/CJ-116
REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2008/CJ-116**
Fecha	18.07.2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena
Doctrina legal	ff. jj. n.os 12 y 13
Concordancia	Código Penal: arts. 46, 46-A y 46-C

SUMILLA:

Respecto a los criterios de interpretación: (a) La reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez funciones que corresponden a una circunstancia común y cualificada. (b) La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del marco que ha fijado la ley. (c) Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos solo en tercer delito cometido en el lapso de 5 años y luego se sumara la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real. (d) La reincidencia opera solo hasta los cincos años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena

Lima, dieciocho de julio del dos mil ocho.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto

Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I.ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores vocales supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el vocal supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria encargado de redactar el Acuerdo Plenario.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados el Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe (1) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46, incisos 12 y 13, 46-B, 46-C, y 69 del Código Penal); así como (2) al concurso real de delitos (artículos 50 y 51 del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero del dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

a) La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46, incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46-B y 46-C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación). La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46-B y 46-C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.

b) Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46-C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículas 50 y 51 del mismo Código.

c) Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46-B Código Penal sobre reincidencia y 46-C del citado Código sobre habitualidad

d) Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46-A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46-B o 46-C del mismo Cuerpo de Leyes.

e) Límites de las penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46-B y 46-C del Código Penal

f) Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46- B y 69 *in fine* del Código Penal.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado ("juicio de subsunción"). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de este ("declaración de certeza"). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida ("individualización de la sanción").

Juicios de una sentencia penal

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

Determinación judicial de la pena

7. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de **determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico.** Esto es, el legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

sistema legal

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales:

Etapas de determinación judicial de la pena

En la primera etapa, el juez debe determinar la **pena básica.** Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108 se reprime el delito de asesinato consignando solo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29 que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

Primera etapa: Determinación de la pena básica

En la segunda etapa, el juzgador debe individualizar la **pena concreta,** entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello,

Segunda etapa: Individualización de la pena concreta

diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46, 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

8. Se denomina **circunstancias** a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como **circunstancias comunes o genéricas** a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal. Esta clase de circunstancias solo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las **circunstancias cualificadas,** si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46-A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley ("*...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido*"). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.

circunstancias comunes y cualificadas

9. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la **concurrencia de circunstancias** en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Concurso de circunstancias

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (González Cussac, José L, *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 222).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias solo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta de todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí, Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (artículo 297, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298 del Código Penal).

Determinación judicial de la pena en caso de concurso de circunstancias

10. La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46-A y 46-B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar —en lo pertinente de modo integrado o, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: *"El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver"* (HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general I.* Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 220 y ss.). En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

Problemas con la aplicación de la reincidencia y habitualidad

11. La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores, plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo e se presenta

Criterios para la aplicación de la reincidencia

entre los párrafos finales de los artículos 46-B del Código Penal sobre reincidencia y 69 del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (HURTADO Pozo, José, Ob . cit., p. 300 y ss).

Naturaleza de la reincidencia

12. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Calificación de reincidente

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el *plus* de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46-B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69 del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio del dos mil seis, son los siguientes:

Requisitos para la calificación de reincidencia

(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 de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.

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 incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El *primero*, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva —que establece la fecha exacta de la excarcelación—; en defecto de uno o ambos documentos regístrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Requisitos procesales para la reincidencia

Respecto a la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente:

A. La especialidad de la 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*, Editorial Colex, Madrid, 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.

Medida de la pena de un reicidente

B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta —primera operación adicional—. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor solo 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, *Justicia penal contemporánea*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2002, p. 59).

C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46-B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional —efectos punitivos concretos de la reincidencia—, con la que culmina la individualización la pena.

En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena solo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por 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, BverfGE 50, 125 y ss.].

Individualización de la pena de un reincidente

13. 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.

Operatividad paralela de la reincidencia y habitualidad

B. Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial 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

Agravante cualificada y determinación de la pena concreta

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*).

Habitualidad y concurso real retrospectivo del delito

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 del tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumara pena resultante a las penas concretas correspondientes a los a los otros delitos del concurso real pero respetando siempre los limites 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 más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, solo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).

Operatividad de la reincidencia

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 solo 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 111 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46-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.

Operatividad de la habitualidad

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de 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.

Reincidencia o habitualidad en concurso con el art. 46-A

E. Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46-A, con las previstas por los artículos 46-B o 46-C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46-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 46-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 46-B y 46-C: En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29, 46-A y 50 y 51 del Código Penal, 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. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua solo se aplicara dicha pena.

Límites a la penalidad derivada de reincidencia y habitualidad

G. Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46-B y 69 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"*.

Límites a la penalidad derivada de reincidencia y habitualidad

De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien, esa excepción solo 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 vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal 'd'), operara definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12 y 13, literales *a b, c, d, e, f, y g*, para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ PONCE DE MIER/ MOLINA ORDOÓÑEZ/ SANTOS PEÑA/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ PARIONA PASTRANA/ ZECENARRO MATEUS/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GANVINI

SECCIÓN QUINTA

Extinción de la acción penal y de la pena

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2011/CJ-116
NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	José Luis Lecaros cornejo y Elvia Barrios Alvarado
Tema	Nuevos alcances de la prescripción
Doctrina legal	ff. jj. n.os 16-19
Concordancia	Código Penal: art. 80 *in fine*

SUMILLA:

[L]os extraneus se regirán por la pena correspondientes 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 solo corresponde al autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Nuevos alcances de la prescripción.

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huailla del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los

respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo, con la participación de la señora Barrios Alvarado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Determinación del problema

6. En el Acuerdo Plenario N.° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 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 (*intranei*) 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.

§ 2. 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—.

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 solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: 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.

Delitos de infracción del deber

10. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

Autoría en un delito de infracción de deber

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:

Tesis de la unidad del título de imputación

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 aquel 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 del 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.

Extraneus como partícipes de un delito de infracción del deber

Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo 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 del 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 del 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 este.

Duplicación de la prescripción

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 estos 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.

Calidad del funcionario o servidor público

Deberes del funcionario o servidor público

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*.

Extraneus no infringen deberes jurídicos especiales

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 del CP que estatuye *"La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible".*

Intranei y extraneus: *Diferencias en el plazo de prescripción de la acción penal*

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 solo corresponde al autor.

Cómputo de prescripción del *extraneus*

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, solo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices —sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó—, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN

20. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

21. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 16 al 19.

22. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

23. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 1-2010/CJ-116
PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	José Luis Lecaros Cornejo, Elvia Barrios Alvarado, Jorge Bayardo Calderón Castillo y Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Tema	Prescripción: Problemas Actuales
Doctrina legal	ff. jj. n.os 11-32
Concordancia	Código Constitución Política: art. 41 Código Penal: arts. 80 y 440 Código Procesal Penal: art. 339

SUMILLA:

32. [E]l 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Prescripción: Problemas actuales

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases:

En la *primera fase* los jueces supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: "Prescripción: Problemas actuales" informaron oralmente los señores Percy García Cavero —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, y Marco Antonio Herrera Guzmán —en representación del Módulo Penal de Camaná —Corte Superior de Arequipa—.

3. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de

las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4. La deliberación y votación se realizó el día de tal fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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—.

Prescripción de la acción penal: definición

6. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y chenta 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.

Naturaleza de la prescripción

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 este 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

Función de garantía

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.

Prescripción: variación en la duración del plazo

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.

§ 2. 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.

§ 3. 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 hacía 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— complementada con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio

Duplicidad del plazo de prescripción: naturaleza

del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

Duplicidad del plazo de prescripción: finalidad

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.

Carácter especial de la duplicación del plazo de prescripción

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:

Sujetos especiales

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 solo 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.

Protección del patrimonio público

Duplicidad de la prescripción

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:

Relación funcionarial

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

Actos de administración o custodia

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.

Disposición verbal

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

Patrimonio del Estado

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.

Bienes de sociedades de economía mixta

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.

Bienes de propiedad privada en posesión 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.

Patrimonio del Estado: contenido

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.

§ 4. Desarrollo del segundo tema

Faltas y prescripción ordinaria

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 solo 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.

Faltas y prescripción extraordinaria

21. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83 *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

Faltas, reincidencia y prescripción extraordinaria

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 ido condenado por la comisión de faltas dolosas*". Corresponde, pues, sobre la base las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

Reincidencia en faltas: definición

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.

Reincidencia y pena

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.

Configuración de la reincidencia

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.

Formalización de la investigación preparatoria y suspensión de la prescripción

§ 6. 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.

Definición de la prescripción (art. 84 CP)

Consecuencia de la suspensión

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 este 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.

Suspensión y configuración del tempo transcurrido

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.

Suspensión e interrupción

28. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

Realización de pretensión punitiva: obligación del Estado

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.

Principio acusatorio

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

Fundamento de la suspensión de la prescripción

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.

Significado de la suspensión de la prescripción

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.

Suspensión Vs. Dilaciones indebidas

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 procesa— y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el juez penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

Suspensión como ejercicio de la potestad represiva de Estado

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.

Suspensión como inspiración del interés de evitar la impunidad

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.

La suspensión no genera desigualdad

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.

Suspensión frente a la dilación procesal

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.

La suspensión protege la jurisdicción efectiva

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.

Suspensión y garantías procesales

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, este 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 solo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

Suspensión y garantías del imputado

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.

Suspensión de prescripción: legitimidad y límites

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.

III. DECISIÓN

33. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

34. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12 al 32.

35. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

36. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLOsdfd

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 9-2007/CJ-116
SOBRE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA DELITOS SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SEGÚN LOS ARTÍCULOS 80 Y 83 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 9-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal.
Doctrina legal	ff. jj. n.° 6-10
Concordancia	Código Penal: arts. 80, 82 y 83
SUMILLA: 10. [C]uando 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.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 9-2007/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal.

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos en lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que detectaron las discrepancias existentes en la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80 del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83 del citado cuerpo legal.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes y necesarios para configurar una doctrina legal que haga razonable disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Plazo de prescripción de la acción penal

6. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el

artículo 80 regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83 *in fine* hace referencia al plazo extraordinario.

Plazo extraordinario de prescripción

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.

Límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria

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.

Límite cuantitativo excepcional y el plazo de prescripción extraordinario

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.

Cómputo del límite máximo del plazo de prescripción de la acción 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.

III. DECISIÓN

11. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

12. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al diez, los criterios para la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80 del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83 del citado cuerpo legal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

13. PRECISAR que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR el presente Acuerdo

Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

4.

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2007/CJ-116

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO EXISTE RECURSO DE NULIDAD CONCEDIDO VÍA QUEJA EXCEPCIONAL EN RESOLUCIONES QUE PONEN FIN A LA INSTANCIA

Acuerdo Plenario	**N.° 6-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Lecaros Cornejo
Tema	Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-10
Concordancia	Código Penal: art. 84 Código de Procedimientos Penales: art. 297

SUMILLA:

10. [L]a incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecúa 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2007/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de la suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia —entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 5762-2006/Cajamarca, del doce de noviembre de dos mil siete—.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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 aquel quede concluido*". La citada disposición legal, así expuesta, existe 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.

Presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción

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 mi "[...] *se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquellas*".

Recurso de queja excepcional

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. Este 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.

Recurso de queja excepcional y la 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 sí 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.

Corroboración del primer presupuesto

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.

Corroboración del segundo presupuesto

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 adecúa 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.

Suspensión de la prescripción en los recursos de nulidad concedidos vía queja excepcional

III. DECISIÓN

11. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON

12. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos seis a diez, que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción —contra la resolución que pone fin a la instancia— y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales Superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

13. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

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 /URBINA GANVINI

5:
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2006/CJ-116
COSA JUZGADA EN RELACIÓN AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Robinson Gonzales Campos, César San Martín Castro y Hugo Príncipe Trujillo
Tema	Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-13
Concordancia	Código Penal: art. 78, 90 y 317

SUMILLA:

13. [E]s 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.

Lima, trece de octubre del dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juzgada respecto al delito de asociación ilícita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4215-2004/Lima, del 5 de julio del 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Limitaciones al *ius puniendi*

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.

Normas internacionales sobre el doble juzgamiento

7. El Pacto Internacional de la 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*".

Normas constitucionales sobre el doble juzgamiento

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

Normas constitucionales sobre el doble juzgamiento

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.

Efectos de la cosa juzgada

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.

Límite subjetivo de la cosa juzgada

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 ..."

Límite objetivo de la cosa juzgada

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 solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...*"

Tipo penal del delito de asociación ilícita

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo 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 y **(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.

Caracteres del delito de asociación ilícita

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.

Autonomía de la asociación ilícita

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.

III. DECISIÓN

14. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y

de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ:**

15. ESTABLECER como reglas con valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

17. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase **saber**.

S.S.

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/ URBINA GAMBINI

SECCIÓN SEXTA

La reparación civil y consecuencias accesorias

I.
REPARACIÓN CIVIL

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 6-2006/CJ-116
REPARACIÓN CIVIL Y DELITOS DE PELIGRO

Acuerdo Plenario	**N.° 6-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro y Vega Vega
Tema	Reparación civil y delitos de peligro.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-10
Concordancia	Código Penal: arts. 24, 25 y 400 Código de Procedimientos Penales: arts. 54-58, 225.4, 227 y 285

SUMILLA:
10. [...] [L]os delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles [...] por tanto, [...] es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2006/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Reparación civil y delitos de peligro.

Lima, trece de octubre del dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la reparación civil respecto de los delitos de peligro. En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Vega Vega, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Pretensiones del proceso penal: Objeto penal

6. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92 del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima —que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito—, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1 de su Ley Orgánica.

Objeto civil

El objeto civil se rige por los artículos 54 al 58, 225.4, 227 y 285 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92 al 101 del Código Penal —este último precepto remite, en lo pertinente, a la disposiciones del Código Civil—.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza "*...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección*" (Asencio Mellado, José María, *Derecho procesal penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.27).

Fundamento de la responsabilidad civil

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

Contenido del daño civil

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—; cuanto (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, pp. 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, p. 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

Delito de peligro: Definición y modalidades

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, aun 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.

Delitos de peligro y daños civiles

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

Configuración de la reparación civil en delito de peligro

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, pp. 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.

III. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ:**

12. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SALAS GAMBOA/ SIVINA HURTADO/ GONZÁLES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDÉZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ/ PEIRANO SÁNCHEZ/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GAMBINI

II.
CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 7-2009/CJ-116
PERSONAS JURÍDICAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Acuerdo Plenario	**N.° 7-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Personas jurídicas y consecuencias accesorias
Doctrina legal	ff. jj. n.os 11-22
Concordancia	Nuevo Código Procesal Penal: arts. 90, 91, 92 y 93 Código Penal: art. 105

SUMILLA:

14. [...] [E]l 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.

Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. [...]

20. [...] [L]as consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. [...] [...] 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 7-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ
Asunto: Personas jurídicas y consecuencias accesorias

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal , aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105 del Código Penal de 1991 —en adelante CP—, modificado por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los distritos judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales —en adelante, ACPP— el legislador no implementó disposiciones sobre

el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Problemática actual

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 [TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 92 y ss.].

Persona jurídica y sanción penal

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.

Aplicación de consecuencias accesorias

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 solo 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.

¿Por qué no se aplican las consecuencia accesorias?

§ 2. 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 esta 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.

Consecuencias accesorias: referencias normativas

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).

Antecedentes del artículo 105 de C.P.

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 [García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal: Parte*

general, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 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, p.484 y ss.].

Consecuencias accesorias: Sanciones penales especiales

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, p. 493 y ss.]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

Naturaleza de las consecuencias accesorias

§ 3. 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:

> *2. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*

3. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.

4. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

5. 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.

Medidas aplicables a las personas jurídicas

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.

Requisitos de aplicación

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.

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, pp. 310 y 311].

Clausura de locales

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, p. 148. Laura Zúñiga Rodríguez, Ob. cit., pp. 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.

Disolución de la persona jurídica

C. El inciso 3 regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción solo 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, p.329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

Suspensión de actividades

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.

Prohibición de realizar actividades futuras

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 algunos 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:

¿Cómo se aplican las consecuencias accesorias?

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 solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Criterios de Aplicación

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.

Consecuencias accesorias y proporcionalidad

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, solo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Salvaguardas a favor de terceros

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...*"

¿Imposiciones fraudulentas?

§ 4. 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*.

Consecuencias accesorias: ámbito procesal

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"*).

Consecuencias accesorias: legislación extranjera

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 dimanan 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—.

Persona jurídica y garantismo penal

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.

Emplazamiento de las personas jurídicas

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 [SÁNCHEZ VELARDE, PABLO, *El nuevo proceso penal,* Editorial Idemsa,

Lima, 2009, p. 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 [ESPINOZA GOYENA, Julio César, Ob. Cit., p., 314].

Personas jurídicas como sujeto pasivo del proceso

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 y 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 persona jurídica en el proceso penal

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.

Partes procesales y objeto de emplazamiento

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:

Oportunidad y tramitación de emplazamiento

Contenido de la solicitud fiscal

(i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

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

Cadena de atribución

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.

Representación procesal de la persona jurídica

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.

Derechos y garantías de las personas jurídicas

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.

Situación especial de contumacia

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

Consecuencias accesorias: problemas de aplicación

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.

Criterios operativos

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.

III. DECISIÓN

23. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

24. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11 al 22.

25.PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

26. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES 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/ ZEVALLOS SOTO

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE ESPECIAL

SECCIÓN PRIMERA
Delitos contra el honor

I.
INJURIA, CALUMNIA Y DIFAMACIÓN

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2006/CJ-116
DELITOS CONTRA EL HONOR PERSONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Cesar San Martín y Jorge Calderón Castillo
Tema	Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 8-13
Concordancia	Código Penal: arts. 130, 131 y 132 Constitución Política: art. 2.7

SUMILLA:

[...] 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 pues resultan impertinentes e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena y 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

Lima, trece de octubre del dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria suprema que analiza y fija criterios para solucionar la colisión que puede presentarse entre el delito contra el honor —protección constitucional al honor y a la reputación— y el derecho constitucional a la libertad de expresión. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4208-2005/Lima, del 18 de octubre del 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Calderón Castillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Los artículos 130 al 132 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 0018-1996-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, solo inciden el honor interno, que es muy subjetivo]. Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2, 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.

Honor: Perspectiva objetiva y subjetiva

Honor como bien jurídico

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 solo 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

Derecho a la libertad, expresión y pensamiento

constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no solo 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 del 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.

Límites de su eficacia

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 el contenido esencial del derecho limitado.

Solución al conflicto: Juicio ponderativo

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

Evaluación de causa de justificación

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.

Ejercicio legítimo de un derecho

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—. [Necesidad de que las expresiones recaigan en la esfera pública] 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 estas 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 del 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.

Interés legítimo

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.

1.° Respecto de la dignidad

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].

2.° Veracidad de los hechos e información

Falsa información y diligencia en la comprobación de los hechos

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

Supuestos excluidos de protección

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.

Deber de diligencia

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, aun cuando se exige la indicación de la persona —debidamente identificada— que lo proporciona [a este 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.

Reportaje neutral

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

Ejercicio de la libertad de expresión u opinión

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.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, las reglas de ponderación precisadas en los párrafos 8 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

16. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contienen la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SALAS GAMBOA/ SIVINA HURTADO/ GONZÁLES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDÉZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ/ PEIRANO SÁNCHEZ/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GAMBINI

SECCIÓN SEGUNDA
Delitos contra la libertad

I.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2011/CJ-116
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS: DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD

Acuerdo Plenario	N.° 3-2011/CJ-116
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Calderón Castillo
Tema	Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: Diferencias típicas y penalidad
Doctrina legal	ff. jj. n.° 8-20
Concordancia	Código Penal: arts. 153,179 y 181

SUMILLA:
18. [S]e 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: Diferencias típicas y penalidad

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento.

Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Aldo Martín Figueroa Navarro (Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima); el señor Dino Carlos Caro Coria del Centro de Estudios de Derecho

Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); y el señor Claudio Bonatto de Capital Humano y Social Alternativo.

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor Calderón Castillo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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.

§ 2. 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 [Sicchа Salinas, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

Estructura típica de delito de trata de personas

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 [Peña Cabrera, Raúl A., *Estudios de derecho penal. Parte especial. Delitos contra la libertad e intangibilidad*

Estructura típica de la promoción y favorecimiento a la prostitución

sexual. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. El delito de proxenetismo (artículo 181 CP)

Estructura típica del proxenetismo

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,* 4.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

Comprometer, seducir y sustraer

Violencia o intimidación

D. La situación de las víctimas menores de edad

Diferencia de pena cuando el sujeto pasivo es menor de edad

11. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica. No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Empero, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

§ 3. Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales

Bien jurídico en trata de personas

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 [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, vol. 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.

Bien jurídico en violación sexual

Bien jurídico en proxenetismo

Diferencias en los elementos típicos del delito de violación sexual, trata de personas, favorecimiento a la prostitución y proxenetismo

13. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. Sin embargo, en la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente diversas personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

§ 4. 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.

No identidad típica entre trata de personas, favorecimiento, prostitución y proxenetismo

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.

Tendencia interna trascendente: Trata de personas

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.

Móvil lucrativo: Favorecimiento de la prostitución

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 aquella.

Intervención del agente: Proxenetismo

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.

Tratante, promotor y proxeneta: Diferencias

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*.

§ 4. 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).

Concurso real: Identificar agravantes específicas concurrentes

III. DECISIÓN

21. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

22. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 20.

23. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

24. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

II.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 1-2012/CJ-116
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

Acuerdo Plenario	N.° 1-2012/CJ-116
Fecha	26-03-12
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Duberlí Rodríguez Tineo y Jorge Salas Arenas.
Tema	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
Doctrina legal	ff. jj. n.os 9-17
Concordancia	Código Penal: 170 y 173.3

SUMILLA:

17. [N]o 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 CP, como fuera atinente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: 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

Lima, veintiséis de marzo del dos mil doce.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor juez supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal —que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la

Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.

4. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores Rodríguez Tineo y Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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 emitida una en la Sala Penal Permanente y la otra en 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 IV 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 presunta (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 en 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 años 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.

Tratamiento del delito de violación sexual en el CP 1991

La Ley 28704, publicada el 5 de abril del 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 solo 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.

Modificatoria al art. 173.3 CP por la ley N.° 28704

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.

Problema en al aplicación desigual de las leyes penales

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175 y 176 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. [Ver Anexo 1]

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).

Pronunciamientos ante la criminalización de relaciones sexuales con personas mayores de 14 y menores de 18 años

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].

Soluciones posibles: control difuso o consentimiento como causa de justificación

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:

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 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 menores de dieciocho años, formulado los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Artículo 170 CP Violación sexual	**Artículo 173 CP Violación sexual de un menor de edad**
El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación 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 este, 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. Si fuere 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	El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre 10 años de edad, y menos de 14, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 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 Permanente 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 del 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 sujetos 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.

Acuerdos Plenarios: Antecedentes y su solución

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 de 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 [Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal-Parte general*, Editora Grijley, Lima, 2009, pp. 94-ss.]. Así, la Ley Penal tiene que ser certa y stricta 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 analógicos [Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte general*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, p. 92].

Tipo Penal y sus funciones

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 112 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. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, p. 374].

Principio de legalidad y tipicidad

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— da por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

Racionalidad de las normas penales

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. Este 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 objetivo 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 [HURTADO, José y Prado, Víctor, *Derecho Penal. Parte General,* 4.ª edición, Editorial IDEMSA, 2011, p.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 [ROXIN, Claus, *Derecho Penal.Parte general: La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I,* traducción de la 2.a ed. alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, p. 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 solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [BRAMONT ARIAS TORRES, Luis, *Manual de derecho penal. Parte general,* tercera ed., Editorial EDDILI, Lima, 2005, p. 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino solo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE, *Introducción al Derecho Penal,* Ara Editores, 2007, p. 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o la 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.

En el Derecho Penal

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 [SHÜNEMANN, BERND, "El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos". *Sobre los límites inviolables del*

Bien jurídico: Motivo y límite del Derecho penal

Derecho Penal en un Estado liberal de derecho, traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos n.° 38, Bogotá, p. 21].

Bien jurídico y tipo penal

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.

Bien jurídico protegido en el Derecho penal sexual

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 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 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 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 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, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [Salinas Sicha, Ramiro: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano,* 2.ª ed., Jurista Editores, Lima, 2008, pp. 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, esta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [Galvez Villegas, Tomás y Delgado Tovar, Walter, *Derecho penal. Parte especial.* Tomo

II, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 383, 385 y 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 (NOGUERA RAMOS, Iván, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual,* Editora Jurídica Grijley, Lima, 2011, pp. 39-42].

Sobre la libertad sexual

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.

Consentimiento como causa de justificación

12. Connotación de la indemnidad sexual

La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el de rollo 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 [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial,* volumen II, cuarta edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, pp. 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 consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 del C.P. como la prevista con 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 [GÁLVEZ, Tomas y DELGADO, Walter: *Derecho penal. Parte especial.* Tomo II, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 383,385 y 451].

Sobre la indemnidad sexual de los menores

13. Carácter del fenómeno de subsunción

Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasado (casado) en los marcos del "molde normativo"

preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

El método subsuntivo

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana. La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

Lex certa y lex stricta

14. Precisiones dogmáticas

El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al legislador hacia construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando es un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluriofensivos).

Principio de lesividad

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Contenido del tipo

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

Indemnidad y libertad sexual: Ámbito positivo y negativo

Positivo: Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos.

Negativo: Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Diferencias entre los tipos penales: Art. 170 y 173 CP

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual[2], ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar —por innecesario— ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

Agresión sexual: Violencia o intimidación

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [Serrano Gómez Alfonso y Serrano Maíllo Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial,* décima ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etéreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, **¿Queda algún contenido en dicha disposición?**

2 Cuando concurren el delito de violación con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

- **Quienes responden afirmativamente:** Sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones 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, 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.

Postura en torno al contenido del art. 173. 3 CP

Al no haberse 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.

Conductas mediales en la lesión de la libertad e indemnidad sexual

En ese 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 [Cancho Alarcón, *Rafael. 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.[3]

3 De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 16 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 244 del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175 y 179-A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

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 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Colisión de normas del mismo rango

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 CPP (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. N.° 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N.° 2004-2741).

Normas inválidas no derogadas

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.

Finalidad del art. 173 CP

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 des tipificada, 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

Delitos sexuales en mayores de 14 y menores de 18 se subsume en otros tipos

según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al 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 del 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 3 a 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.

Problemática frente a los art. 179-A y 173 CP

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos imitares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

Art. 173.3 CP vacío de contenido: posibles alternativas

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 modulad 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 operan 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). [Ver Anexo 2].

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 en 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.

Soluciones legislativas al problema

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 CP, como fuera atinente. Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la libertad sexual) y el Título 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.

Solución judicial al problema

III. DECISIÓN

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **ACORDARON:**

19. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

20. PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ SALAS ARENAS/ NEYRA FLORES/ MORALES PARRAGUÉZ

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2012-CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Artículo 170 del Código Penal y agresión sexual violenta perpetrada contra mayores de 14 y menores de 18 años.

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO

1. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991 —en adelante, CP—. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etáreo entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.

Modificaciones al Derecho penal sexual peruano

Ello motivó a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistemática y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales como propiamente penales, para armonizar en lo posible los alcances del Código Penal y lograr soluciones jurisprudenciales más razonables.

2. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170 CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173 CP) tiene los siguientes alcances:

A. El artículo 170 CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que

persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los "actos análogos" limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal.

La Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006 —vigente en la actualidad—, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

Evolución legislativa del art. 170 CP

B. El artículo 173 CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etáreos: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como "menor de edad", determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N.° 28704, del 5 de abril del 2006, no solo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un "menor de edad", sino que varió los segmentos etáreos: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años edad y menos de dieciocho (numeral 3).

Evolución del art. 173 CP

3. Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173 CP, modificado por la Ley N.° 28704, el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-l 16, del 18 de julio del 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declaró —al amparo del artículo 139. 11 de la Constitución—, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.

Relaciones sexuales voluntarias con adolescentes de 14 a 18 años: No son objetos de sanción penal

4. Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170 CP o del artículo 173.3 CP.

5. Que él o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para autodeterminarse en diversos planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ- 116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad. Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173.3 CP no solo extiende la protección penal propia al referido segmento etáreo: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Libertad sexual del adolescente

El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo —como en el caso peruano— que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (age span) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [Couso, *Jaime, La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal,* Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción-Paraguay, p. 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).

Capacidad de consentir relaciones sexuales de adolescentes

Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, solo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la medida en que por su condición personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

Indemnidad sexual en menores de 14 años

También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere

en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.

Este último argumento —que tienen libertad sexual—, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

Libertad sexual de adolescentes como bien jurídico

6. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que tal antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139.l 1 de la Constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.

En efecto, el segmento etéreo analizado tiene diversos y contradictoria disposición jurídica penal. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176-A CP, 179-A CP y 175 CP (Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ116, f. j. n.° 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales —que se requieren en el supuesto de los niños o niñas—, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3 del artículo 173 CP.

Art. 173.3 CP y otros

7. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3 del artículo 173 CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando esta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico- sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.

Necesidad de una interpretación lógica-sustantiva del art. 173.3 CP

En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes —la interpretación gramatical opera como límite—, cabe aquí incorporar, más allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

Art. 173.3 CP produce en sentido de contradicción normativa intrascendental

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3 del artículo 173 CP: interpretación restrictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción normativa intrasistemática, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139. 11 de la Constitución. La existencia de dos consideraciones simultáneas sobre la integralidad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica —de reglas contradictorias aplicables al caso— obliga al juzgador a optar, desde los principios —que también son enunciados jurídicos—, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139.11 de la Constitución, y que por lo demás es una norma valida que exige cumplimiento pleno.

Prevalencia del art. 170 CP sobre el 173.3 CP

8. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170 CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173 CP. Esta es la significación y el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma, básicamente, en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Penal. Se invoca, pues, una razón autoritativa.

La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio y no meramente de especie, cabe enfatizarlo: es compatible, desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la Constitución —no se puede olvidar el carácter normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia—. Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la Constitución. Esta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes —aquí invocado expresamente—, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas

premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas.

Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos **(i)** no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad —perspectivas autónomas de política criminal—, **(ii)** ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; **(iii)** respeta el principio de separación de poderes —no crea una respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho—, y **(iv)** asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vació o de incoherencia normativa.

Prevalencia de la Constitución

S.
SAN MARTÍN CASTRO

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS AL VARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO y VILLA BONILLA

Los señores jueces supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170 del Código Penal en casos de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de ocho años de edad. Interviene como Ponente el señor Prado Saldarriaga.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Sobre las deferencias y autonomía funcional de las modalidades de los delitos de violación tipificadas en el Código Penal

1. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado **tres modalidades de violación** entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu)* o acceso con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso camal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure;* y la violación por prevalimento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima. Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. Artículos 196 a 199 y 202) como el de 1991 (Cfr. Artículos 170 a 173 y 174) optaron por incluir de modo

Modalidades de violación en delitos con libertad sexual

autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una **conducta típica común de acceso.**

2. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad,** donde la presunción *iuris et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo pasado (Cfr. ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos sexuales en el Código Penal Peruano*, Trujillo, 1974, pp. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo con la publicación de la Ley N.° 28704, el 5 de abril del 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173° (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad). Y, por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad.

Violación de menores de edad

3. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivo dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquella, así como cuando las diferencias etéreas entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho vínculo afectivo (enamorados o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175 y 179-A esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 7 al 12). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores

de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20 del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-l 16, fundamentos jurídicos 6 al 9). Cabe destacar que *en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173 o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad.* Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCIA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador *("El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario"),* no es pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar iones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal sentido, debió aprovecharse este leño Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. *Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios —como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple— una posible asimilación residual del artículo 173 inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170, 171, 172 y 174, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad,* como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho penal. Parte especial, vol. II. 4.a ed., Grijley, Lima 2010, pp. 733 y ss.).

Acuerdos Plenarios precedentes y su postura al respeto

§ 2. Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008

4. En la *praxis* judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando esta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimento del autor, previstas en los artículos 170, 173, 172 y 174, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria suprema del 8 de setiembre del 2011, recaída en el recurso de nulidad N.° 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo *"habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos*

materia de imputación se adecúan al delito de violación —tipo base— tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal..."). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una alegación crítica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173. Al respecto se infiere lo siguiente: *el menor de catorce y hasta menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende, las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad* (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre del 2011, en la Discordia suscitada en el recurso de nulidad N.° 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procedente de Junín, suscrito por los Señores jueces supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: *"Que, en el presente caso, la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses —por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad "libertad sexual", de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual— y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer "intimidación" como medio para lograr someterla sexualmente..., de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal...").*

Actos de acceso carnal sin consentimiento: Posiciones jurisprudenciales luego de los Acuerdos Plenarios Precedentes

§ 3. Admitir la aplicación del Artículo 170 del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad.

5. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta él planteamiento aprobado por mayoría simple, *constituye una reducción que contradice el principio de legalidad* (Cfr. HURTADO POZO, José y PRADO, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo I, 4.ª ed., IDEMSA, Lima 2011. p. 224: *"Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos*

Afectación al principio de legalidad ya a la sistemática de los tipos de Derecho penal sexual

que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo"); y que, además, no es compatible con la configuración sistemática de los tipos penales concernientes a delitos contra la libertad sexual en el Código penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170 como un "tipo base" y al artículo 173 como un "tipo derivado" de aquel, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un *componente especial e histérico que gobierna toda la estructura y sentido del artículo 173 y que es la edad del sujeto pasivo y que fe da a este la condición de menor,* dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata o lege ferenda,* sea que esta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la práctica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173 en la actualidad siempre será el que reprima en exclusiva la violación **de menores de dieciocho años de edad.** De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley N.° 2723/2008-CR; Proyecto de Ley N.° 3189/2008-CR; Proyecto de Ley N.° 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que **se trata de un delito de violación presunta de menores de edad** y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170 como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la audiencia pública preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

6. Por otro lado el *status de menor de edad, como se ha destacado, no es una ficción sino una realidad material y legal.* En efecto, la posición hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil solo reconoce *de ejercicio relativa a los menores de dieciséis años y no a los de catorce años* (Cfr. Artículo 44, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46, párrafo y 241, inciso 1 del Código Civil). Por tanto *todos ellos para la legislación civil en siendo menores hasta que cumplan dieciocho años* (Cfr. Artículo 42 del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20, inciso 2) y

El status del menor de edad]

la Constitución no los estima aún ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30 de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo 1, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño también los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1: "...se *entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...* ").

§ 4. No existe antinomia legal entre el artículo 170 y el artículo 173. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139 inciso 11 de la Constitución.

7. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173.3 y las que corresponden al artículo 170 no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139 inciso 11 de la Constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace temáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual de **todo menor de edad**, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etárea de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175 y 179-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170 *exige el empleo de la violencia o la amenaza para el acceso carnal de la víctima mayor de edad*, lo cual está totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175 y 179-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican *solo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el engaño o la contraprestación económica*. El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173.3. La referencia, entonces, a los artículos 175 y 179-A, *no es asimilable para justificar la aplicación del artículo 170 en vez del artículo 173.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de motores*

No hay antinomia entre el art. 170 y el 173.3 CP

de 18 años, día solo lo era para argumentar la reducción de la penalidad que propuso d Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad No resulta, por tanto, suscribible, desde este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170 en tales supuestos de acceso sexual violento. La cual, por lo demás, debilitaría contra lege en el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría en colisión con el principio convencional especial del interés superior de los menores de 18 años que avalan los artículos *1 ("Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...y 3 ("En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño")* de la Convención del Niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, nuestro voto es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N.° 28704, en el artículo 173 del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

S.S.

LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ VILLA BONILLA

2.

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2011/CJ-116

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, Elvia Barrios Alvarado e Inés Villa Bonilla
Temas	Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual
Doctrina legal	ff. jj. n.os 21-38
Concordancia	Código Penal: arts. 171, 172 y 173

SUMILLA:

21. 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.

[...]

23. Se ha establecido anteriormente —con carácter de precedente vinculante— que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante.

[...]

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.

[...]

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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual

Lima, seis de diciembre de dos mil once.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la *audiencia pública,* que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (viceministra del Ministerio de la Mujer y

Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4. La *tercera etapa* del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. 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.

Foro de "Participación ciudadana"

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:

Pruebas de delitos sexuales: criterios de apreciación

> **A.** Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1.** 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; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando estas 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.

§ 2. 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[1].

Rechazo de prejuicios y estereotipos

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

1 La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: *"[L]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales"*.

"Perspectivas de género" en los delitos sexuales

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 Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (párr. 502).

10. Ahora bien, como apunta Susana Gamba, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

Implicación de la perspectiva de género

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].

Ámbitos que abarca la violencia de género

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 solo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y, c) la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado —la más grave y la más difícil de solucionar— [FUENTES SORIANO, Olga, *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].

§ 3. 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.

Violación sexual: regulación legal

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—.

Libertad e indemnidad sexual

13. La conducta básica sanciona a aquel 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 solo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente*" [DONNA, Edgardo Alberto, *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.

Consumación de la violación sexual

14. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171 del 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 del 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.

Violación sexual: modalidades

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*" [CARO CORIA, Dino Carlos, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Violación sexual: bien jurídico protegido

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto del 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul AKEYASU de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre del 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

Finalidad de la represión

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.

Protección de la indemnidad sexual

§ 4. 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.

C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D. Evitación de una victimización secundaria.

§ 5. 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, solo 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*" [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano*, 2.ª 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*" [SALINAS SICCHA, Ramiro, *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*" [CARO CORIA, Dino Carlos, *Ibidem*, p. 101].

Amenaza

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*".

Circunstancias contextuales concretas

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"*.

Factores invalidantes de una expresión de voluntad

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.

Correcta determinación del objeto procesal

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.

Violación sexual: acto sexual indeseado

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.

Valor de incoación de la víctima

§ 6. 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 estos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria vinculante emitida en el R. N. N.° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse

en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). —véase Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116—.

23. Se ha establecido anteriormente —*con carácter de precedente vinculante*— que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

Valoración de declaraciones carentes de uniformidad

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— [Fernández López, Mercedes, *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].

Retracción y juicio de credibilidad

A los efectos del requisito de **(v)** uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre esta por la familia

Flexibilización en la uniformidad y firmeza del testimonio

y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

25. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza —vecino—, o haber tenido una relación de autoridad —padrastro, profesor, instructor, etcétera—; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

Delitos sexuales y esfera privada

26. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea —en los términos expuestos— que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —*venganza u odio*— y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

Valoración de la retracción de la víctima

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*".

Abuso sexual y comportamiento anterior o posterior de la víctima

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:

Reglas que permiten inferir el no consentimiento

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 esta 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.

§ 7. La prueba en el derecho penal sexual

Apreciación de la prueba: garantías constitucionales

28. El juez es soberano en la apreciación de la prueba. Esta, 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 estas 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).

Principios aplicables en la selección y admisión de la prueba

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.

Determinación de los medios de pruebas según su pertinencia

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.

Pertinencia de la prueba y discusión judicial

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 genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Valoración de la prueba y principio de idoneidad

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.

Pertinencia de la pericia médico legal

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. Este 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.

Principio de pertinencia y derecho a la intimidad

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 solo 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 este trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

Defensa procesal y principio de contradicción

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

Test de proporcionalidad

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 del 2005].

Protección defa vida íntima de la víctima

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.

§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria[2]

Victimización secundaria y revictimización

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.

Reglas para evitar la victimización secundaria

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.

---

2 La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

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, dado 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 esta 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.

Examen de la víctima en juicio

III. DECISIÓN

39. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

40. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21 al 38.

41. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

42. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO / SANTA MARÍA MORILLO

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2008/CJ-116
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 173.3 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2008/CJ-116**
Fecha	18.07.2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Aplicación del artículo 173. 3 del Código Penal
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-12
Concordancia	Código Penal: arts. 44, 46 y 241

SUMILLA:
En cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el art. 173, inciso 3 del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-2016 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUOLOPJ
Asunto: Aplicación del artículo 173. 3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio del dos mil ocho.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173 inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N.° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a **(1)** la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; **(2)** la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, **(3)** el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los

aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y a instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El sub tipo legal agravado del art 173. 3) del Código Penal

6. El artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 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 años. Por otra parte el artículo 20, 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.

Problemática respecto a la tipificación del art.173

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 orce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7. 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

Libertad e indemnidad sexual

Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una 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-1 16, con carácter vinculante.

Libertad sexual en el delito de seducción

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico 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 mediante un medio ilícito (engaño).

Libertad sexual en el delito de tratamientos indebidos

De tal manera, el artículo 176-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga 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 Al tipos legales que integran el denominado Derecho penal

sexual nacional—, todas ellas y 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 a 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).

Confrontación entre el CC y el CP en torno a la libertad sexual de mayores de 14 años

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a 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.

2. 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 y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la fracción*". 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 delito de violación de la libertad sexual, [...] *y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*".

Atenuación de la pena en delitos contra la libertad sexual

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.

Control de constitucionalidad y difuso

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 de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo 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.

Imputabilidad restringida, por razones de edad, puede implicarse vía control difuso

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.

3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11 del Acuerdo Plenario N.° 7- 2007/CJ-116

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 solo 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.

Libertad y consentimiento en los delitos sexuales

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. Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

Valoración de patrones culturales

DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad, **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

15. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo

22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA / ROJAS MARAVÍ/ PONCE DE MIER/ MOLINA ORDÓÑEZ/ SANTOS PEÑA/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ PARIONA PASTRANA/ ZACENARRO MATEUS/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GANVINI

4.
ACUERDO PLENARIO N.° 7-2007/CJ-116
VIOLACIÓN SEXUAL: ALCANCE INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 173.3 DEL CÓDIGO PENAL, MODIFICADO POR LA LEY N.° 28704 PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Acuerdo Plenario	**N.° 7-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Javier Villa Stein, Víctor Prado Saldarriaga y José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 CP, modificado por la Ley N.° 28704 para la determinación judicial de la pena.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 9-12
Concordancia	Código Penal: arts. 22, 173.3 (derogado), 176-A y 179-A

SUMILLA:

[...] Deberá atenuarse la pena, en los casos del art. 173 inc.3 del CP hasta los límites considerados tipificados en los art. 175 y 179-A del CP que tratan de conductas semejantes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 7-2007/CJ-116

Concordancia jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 CP, modificado por la Ley N.° 28704 para la determinación judicial de la pena.

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173 del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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*".

Exclusión de atenuantes para delitos graves

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 solo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "[...] *mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años*". Finalmente, el artículo 175 del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "[...] *mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuero por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años*".

Punición excesiva del art 137 inc.3 CP

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*" (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *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—] (PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

Principio de proporcionalidad y órgano jurisdiccional

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia 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 una 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.

Escala punitiva abstracta del art. 173 inc.3 CP es desproporcional

10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad —por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes— a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

Contradicciones sistemáticas en el tratamiento del art 173 inc.3 CP

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:

Factores complementarios de atenuación de observancia por el órgano jurisdiccional

a) Que la diferencia etarea 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.

La pena del art 173.3 debe atenuarse a los límites del art. 175 y 179 CP

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.

Consentimiento válido, en caso, de una relación sexual con menores de 16-18 años

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.

Pena atenuada en caso de relaciones sexuales con menores de 14-16 años

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3, del Código Penal.

Se aplica la pena de art. 173.3 CP cuando el acceso carnal —menor de edad— no es voluntario

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.
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/ URBINA GANVINI

SECCIÓN TERCERA
Delitos contra el patrimonio

I.
HURTO

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 4-2011/CJ-116

RELEVANCIA DEL VALOR DEL BIEN MUEBLE OBJETO DE HURTO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 186 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.º 4-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Josué Pariona Pastrana y Jorge Santa María Morillo
Tema	Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del CP.
Doctrina legal	ff. jj. nn.os 9-12
Concordancia	Código Penal: arts. 444 y 186
SUMILLA:	
El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo para el hurto simple (art. 185 CP) y daños (art. 205 CP), conforme lo estipula el art. 444 CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del CP.

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.º 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario los señores Aníbal Paredes Matheus y Begonia Velásquez Cuentas (Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco); el señor Shikara Vásquez Shimajuko del Centro

de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); el señor Rafael Cancho Alarcón (Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Ayacucho); y el señor Silfredo Hugo Vizcardo (Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PARIONA PASTRANA, con la participación del señor SANTA MARÍA MORILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Problemática actual

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.

Valor del bien mueble es relevante para configurar el tipo agravado

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.

Autonomía del hurto agravado: argumentos

C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

2. 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. SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo 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.

Criterios cuantitativo en el hurto simple y daños

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

Falta de hurto

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. GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen: *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano.* En Revista Institucional N.º 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Principio de legalidad

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:

Inconvenientes prácticos del criterio cuantificador

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.

En casa habitada

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito.

Por banda

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 solo 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].

Indigencia temporal

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.

Carácter pluriofensivo del hurto agravado

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 este 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].

Mínima intervención y última ratio en el hurto simple

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 este 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. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482].

Abandono del criterio cuantificador de la doctrina

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 al 12.

15. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR PRADO SALDARRIAGA

El señor Juez Supremo que suscribe discrepa del sentido hermenéutico planteado en torno a la función del monto del valor del bien objeto de acción del delito de hurto, en la configuración de las circunstancias agravantes específicas que para tal ilícito penal regula el artículo 186 del CP.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Sobre las clases de normas penales que contiene la Parte Especial del Código Penal

1. En la Parte Especial del Código Penal se detectan tres clases de normas que tienen por función la criminalización primaria de una conducta punible. Por un lado, están los tipos penales destinados a describir los actos criminalizados. Y, por otro lado, se encuentran los catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que pueden concurrir en la realización de determinados delitos. Con ambas clases de disposiciones normativas el legislador cumple de modo formal con las exigencias y consecuencias que impone el principio de legalidad a todo proceso de construcción política de delitos y penas. Esta dualidad normativa se aprecia con nitidez en el caso de delitos convencionales pero sensibles a la seguridad ciudadana como el hurto, que tiene su tipo penal en el artículo 185 CP y su catálogo de circunstancias agravantes específicas en el artículo 186 CP. Normas penales similares coexisten en el caso del delito de robo (artículos 188 y 189) o del delito de daños (artículos 205 y 206). Ahora bien, la técnica legislativa seguida por el legislador peruano no siempre incluye ambas clases de normas en artículo distintos, ya que en algunas ocasiones se les incorpora en párrafos sucesivos de un mismo artículo, como se aprecia en el artículo 152 del CP que integra la tipificación del delito de secuestro en su primer párrafo y en el segundo hace el listado de las circunstancias agravantes específicas.

Parte Especial del Código Penal

2. Y también en la Parte Especial, aunque en menor medida, se utilizan tipos penales derivados que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple, una circunstancia —elemento típico accidental— que califica o privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta típica prevista por el tipo básico. Ello se observa en el delito de parricidio (artículo 107 del CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (artículo 109 CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que

Tipos penales derivados

es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del artículo 106 del CP.

2. La función del valor del bien objeto de apoderamiento en el hurto y en la configuración de las agravantes específicas del artículo 186 del CP

3. Ha sido tradición en el derecho penal nacional el distinguir la naturaleza jurídica de las infracciones penales consistentes en el apoderamiento de bienes muebles ajenos, mediante destreza y sin empleo de violencia sobre las personas, a partir del valor económico que aquellos poseen [Cfr. Artículo 386 del Código Penal de 1924]. Por tal razón, el artículo 444 del Código Penal vigente, señaló expresamente que el hurto falta sería aquel donde el valor del bien mueble apoderado no fuera superior a una remuneración mínima vital. Por consiguiente, se trataría siempre de un hurto delito cuando el valor del objeto de acción de la infracción cometida fuera superior a dicho monto. En consecuencia, pues, de modo implícito tal magnitud económica constituye también un elemento típico para la configuración del delito previsto en el artículo 185, aunque en dicha norma la redacción empleada no lo exija expresamente. Es más, los autores nacionales aluden a ella en sus comentarios dogmáticos sobre la tipicidad objetiva de tal delito [Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4a. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 294]. Por tanto, no hay ni puede haber un delito de hurto si el valor del bien apoderado no es superior a una remuneración mínima vital. Conclusión similar es aplicable para el delito de daños previsto en el artículo 205 del CP, y al cual también se vincula con igual valor económico referencial en el artículo 444 del CP.

Remuneración mínima vital: diferencia en el delito de hurto

4. Ahora bien, es evidente que el artículo 186 del CP por la forma como está construido no es un tipo penal derivado sino un catálogo de circunstancias agravantes. Por tanto, no puede operar autónomamente como en el caso del parricidio o del homicidio por emoción violenta, sino que está dogmática y sistemáticamente subordinado a la existencia de un delito de hurto. No existe, pues, un delito de hurto agravado sino un delito de hurto con agravantes.

Art. 186 CP: Como catálogo de circunstancias agravantes

El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento mediante destreza de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero que tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan en el artículo 186 del CP. Lo cual, por lo demás, es expresamente requerido por el párrafo inicial de dicha disposición en

los términos siguientes: *"El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido"*. Esta clara distinción legal es aún más notoria en el caso del delito de daños, ya que el propio artículo 206 del CP textualmente reconoce que es una norma catálogo de circunstancias agravantes especificas al señalar: "La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando[...]".

5. Por consiguiente, el tratar de dar autonomía operativa al artículo 186 CP, prescindiendo del monto superior a una remuneración mínima vital, solo en base razonamientos de política criminal como los expuestos en algunas ponencias sustentadas en la audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de las víctimas potenciales), son buenos argumentos para una valoración de *lege ferenda* pero exceden los límites de todo análisis posible de *lege lata*, y al posibilitar efectos de mayor sanción punitiva podrían ser expresión involuntaria de un analogía *in malam partem*.

Excesos del límite legal

6. En todo caso, es de plantear mejor una reforma legal del artículo 186 del CP, que incluya expresamente un monto referencial superior al previsto para la configuración del hurto falta que reprime el artículo 444 del CP; o incluir, en este último dispositivo, un nuevo párrafo que reproduzca las circunstancias agravantes del artículo 186 del CP y conminarle una penalidad mayor y apropiada para un **hurto falta con agravantes**.

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos previstos en los párrafos precedentes del 1 al 6.

Sr. PRADO SALDARRIAGA

II.
ROBO

1.
ACUERDO PLENARIO N.°03-2009/CJ-116
ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE Y DELITO DE ASESINATO. LAS LESIONES COMO AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2009/CJ-116**
Fecha	3.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Víctor Prado Saldarriaga y José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo
Doctrina legal	ff. jj. n.° 6-13
Concordancia	Código Penal: arts. 188, 189 y 441

SUMILLA:
[S]i las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso, el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico. 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno, de un lado, decidió tomar como referencia las distintas sentencias de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre los alcances del delito de robo agravado por muerte subsecuente (artículo 189 *in fine* del Código Penal) y el delito de asesinato por conexión con otro delito (artículo 108, inciso, del Código Penal), a fin de determinar las diferencias entre ambos supuestos típicos y en qué casos son de aplicación uno u otro. De otro lado, se resolvió también sobre la misma base jurisprudencial, identificar cuál es la naturaleza penal de las lesiones causadas a la víctima y a las que se refiere el inciso 1 de la parte segunda del artículo 189 del Código Penal —en adelante CP—, para poder distinguirlas de aquellas mencionadas en el último párrafo del citado artículo.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas

del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. En vista del resultado de la votación se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga para que conjuntamente con el señor Lecaros Cornejo, expresen en lo pertinente el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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.

§ 2. Análisis del primer caso

7. El artículo 189 *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Esta 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 solo se le puede atribuir al agente a título de culpa —la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal—. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) —es una situación de preterintencionalidad heterogénea— [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2006, pp. 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.

Robo con muerte subsecuente como homicidio preterintencional

Elementos del robo con muerte subsecuente

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 [HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal-Parte especial I:Homicidio*, 2ª. ed., Ediciones Juris, Lima, 1995, pp. 59-69] . En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del

Asesinato para facilitar otro delito

Asesinato para ocultar otro delito

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 [CASTILLO ALVA, José Luis, *Derecho penal-Parte especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, pp. 410-411].

Relevancia de la finalidad del agente

§ 3. 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 del 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.

§ 4. 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 *o 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 esta 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.

Violencia típica del delito de robo

Momento del ejercicio de la violencia

11. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto solo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121 CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.* Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine* del artículo 189 CP.

12. En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441 (lesiones falta) o 122 (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción

Lesiones falta y lesiones dolosas-leves]

facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; **(ii)** si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta 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.

Configuración del robo simple y del robo con agravante

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1 de la segunda parte del artículo 189 CP.

Circunstancias que dan gravedad al hecho

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 está referido a que "*...no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito*". Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las "circunstancias que dan gravedad al hecho" respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Estos 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"*.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez jueces supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del primer problema (alcances del artículo 189 *in fine* CP) y por unanimidad en lo concerniente al segundo problema (ámbito del subtipo agravado del inciso 1 de la segunda parte del artículo 189 CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 13.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ BIAGGI GÓMEZ/ MOLINA ORDÓÑEZ / BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ ZEVALLOS SOTO

2.

ACUERDO PLENARIO N.° 8-2007/CJ-116

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	**N.° 8-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	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.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-9
Concordancia	Código Penal: art. 189

SUMILLA:

[...]la circunstancia agravante del inc. 4 del primer párrafo del art. 189 CP se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes con una organización criminal.

La imputación de cargos por integración en una organización criminal, en estos casos, no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el art. 147 CP opera como un tipo subsidiario a una comisión de uno más robos por integrantes de dicha estructura delictiva.

Si hay participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales [...]. Es posible que se produzca un concurso real homogéneo en relación al art. 317 CP.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 8-2007/CJ-116

Concordancia jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: 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.

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la identificación de diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva del sujeto activo como integrante de una organización criminal. De tales Ejecutorias se evaluó como patrón decisional lo expuesto en el recurso de nulidad número 4156-2005/Lima, del dos de febrero de dos mil seis.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente

Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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.

Diferencia entre concierto criminal y organización criminal

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 aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes —en número mínimo de dos— con una organización criminal.

Aplicación de la agravante del inc. 4 primer párr. del art. 189 CP

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.

Carácter subsidiario del art. 317 CP

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.

Concurso real homogéneo del art. 317 CP

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al nueve, las 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; así como la posibilidad concursal en el artículo 317 del Código Penal, ante la integración simultánea o sucesiva, de un mismo agente en varias organizaciones criminales. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2015/CIJ-116
EL CONCEPTO DE ARMA COMO COMPONENTE DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE "A MANO ARMADA" EN EL DELITO DE ROBO

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2015/CIJ-116**
Fecha	2.10.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas
Tema	El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 9-18
Concordancia	Código Penal: arts. 188 y 239
SUMILLA: 17. [...] [P]or tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3 del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ.
Asunto: El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo.

Lima, dos de octubre del dos mil quince

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, la publicación de temas y la presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, en la sesión del 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los seis temas de la agenda, con sendos problemas específicos.

La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor Javier Iván Quispe Aquise

La tercera etapa comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos Ponentes para cada tema seleccionado. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente

y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

3. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema en cuanto a la agravante específica "a mano armada", en el delito agravado de robo previsto en el artículo 189.3 del Código Penal, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga y Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes y situación problemática

4. El artículo 239 del Código Penal de 1924, en la redacción que introdujo la Ley N.° 23405, de 27 de mayo de 1982, consideró como agravante del robo, el que este hubiese sido cometido portando "cualquier clase de arma o instrumento que pudiere servir como tal". Con esta expresión se aludía a las denominadas "armas impropias".

Antecedentes legislativos de la agravante "A mano armada"

Este antecedente muestra que el legislador desarrolló una noción más amplia de aquella que ha correspondido tradicionalmente a la agravante de mano armada o de portar armas. Esto es, la necesidad de que el agente exhiba o lleve consigo un medio confeccionado exclusivamente para potenciar la capacidad de ataque o de daño contra terceros.

El legislador con dicho texto propició la posibilidad de una interpretación analógica a partir de la función propia de las armas: su capacidad de servir para atacar y dañar. De allí que, desde aquel entonces, la doctrina ha rechazado que se configure la agravante si no es posible derivar del medio empleado tal capacidad ofensiva [Roy Freyre, Luis E: *Derecho penal peruano. Parte Especial*, Tomo III. Delitos contra el patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, pp. 90-91]

5. El Código Penal de 1991 no ha reproducido una fórmula alterna similar sino que el legislador se ha limitado a considerar, en el inciso 3 del

artículo 189, como agravante específica del delito de robo, el cometerlo a "mano armada", es decir, que el agente porte y exhiba ante la víctima "un arma". Si la interpretación de dicho precepto se hiciera en atención a la doctrina antes señalada, entonces no sería posible la configuración de la agravante "a mano armada" cuando el agente portara un juguete con forma de arma o simulara portar un arma que es en realidad un medio que carece de capacidad ofensiva y sirve a otros fines, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los encendedores fabricados con las características externas de un arma de fuego, es decir, cuando esgrima un "arma aparente". Se destaca, desde tal perspectiva, la influencia calificante del peligro personal corrido por la víctima [SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, p.267].

La agravante "amano armada" en el CP 1991

El debate se ve reflejado en las ejecutorias supremas pronunciadas con motivo de los recursos de nulidad N.° 5824-97-Huánuco, en que se indicó que "arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima [...]", y el N.° 2179-1998-Lima, donde se sostuvo que "el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta un sentimiento de miedo", en tanto que en el recurso de nulidad N.° 4172-2004-Chincha, en que se consideró que "el fundamento de la calificante se basa en la calidad del medio empleado por el agente para cometer el ilícito y que potencia su capacidad ofensiva en desmedro de la seguridad del sujeto pasivo". Desde otra óptica, en la postura adoptada en el recurso de nulidad N.° 2676-2012-Junín, se consideró que "el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios"; con lo que el debate no se cerró.

Jurisprudencia no uniforme

6. En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos que ocurren con mayor frecuencia se realizan con armas reales y no simuladas. No obstante, la cifra concreta de delitos en los que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objeto, réplicas, de utilería o simuladas, se incrementa cada vez más y motiva que la judicatura penal de la Corte Suprema se pronuncie, determinando firmemente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante, sin generar paradojas ni impunidad.

Es de resaltar que hoy existe variedad de objetos no letales que tienen las características de un arma de fuego como las denominadas armas neumáticas, *airsoft y paintbal*[1] que tienen la apariencia de un arma de fuego auténtica sin serlo; encendedores que copian la forma de un arma de fuego —como dato de la observación concreta— y juguetes cuya semejanza con una real no puede ser apreciada a simple vista y que su utilización para la comisión de delitos se incrementa en el marco creciente de la inseguridad ciudadana extendida en todo el país, ello se puede apreciar en los cuadros de fuente policial contenidos en los anexos 01 y 02 (ver al final)[2].

Según la información consolidada emitida por las Divisiones Territoriales y Divisiones Policiales en la Región Policial de Lima, durante el 2014 se incautaron 17 armas de fuego hechizas, 74 réplicas de armas de fuego y 31 armas de fuego inoperativas, mientras que del 1 de enero hasta el 31 de agosto del 2015 se incautaron 11 armas de fuego hechizas, 120 réplicas de arma de fuego y 29 armas de fuego inoperativas.

Robo con armas aparentes o inoperativa en la actual situación de inseguridad ciudadana

Se eleva por tanto el empleo de elementos con apariencia de arma, en particular de fuego, usadas para facilitar los robos, reduciendo o anulando la resistencia de las víctimas[3].

En razón de ello ¿hay una necesidad desde la perspectiva político criminal de comprender en las agravantes del robo el empleo en su comisión de armas de juguete, armas simuladas o armas descargadas o defectuosas? Esta interrogante es respondida a continuación.

§ 2. Alcance de la violencia configuradora del delito de robo

7. Para comprender el sentido de la represión penal de la agravante "a mano armada" en el delito de robo, se ha de partir por identificar cuál es el bien jurídico protegido. En la doctrina nacional destacan dos posiciones sobre ello: **a)** Aquella que afirma que el robo es un delito pluriofensivo, donde la propiedad es el bien jurídico específico

1 Es de resaltar que el término "arma" (que involucra a la de fuego) aparece, además del robo, en varios dispositivos contenidos en el Código Penal: v. gr., violación sexual: artículo 170.1 del CP; abigeato: artículo 189.C del CP; usurpación: artículo 204.1 del CP; rebelión: artículo 346 del CP; y sedición: artículo 347 del CP), considerando que la comisión del hecho con un arma debe ser sancionada de modo más intenso.

2 Reporte estadístico de incautación de armas de fuego inoperativas, armas de fuego hechizas, y réplicas de arma remitido por el Jefe de la Oficina de Planeamiento

3 Es más sencillo para quien delinque proveerse de una réplica que de un arma de fuego verdadera y finalmente le resulta menos aflictivo, ante una súbita intervención penal, porque no hay una tenencia ilícita de réplica de arma de fuego.

predominante; pero junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima, la vida y la integridad física [ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra el patrimonio*, Grijley, Lima, 2000, p. 348]. **b)** La otra postura que considera que el único bien jurídico que se tutela con el delito de robo simple es el patrimonio y que la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad solo sirven para calificar o configurar de forma objetiva el hecho punible de robo [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra el patrimonio*, Ed. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 125].

Posturas sobre el bien jurídico

La tesis adecuada a la protección más cabal del delito de robo es la que considera que el delito de robo tiene la característica de ser pluriofensivo, puesto que afecta esencialmente al patrimonio, pero también a la integridad física o la salud y la libertad.

Así, el empleo de un arma para apoderarse de un bien mueble implica la configuración de una agravante específica cuya consecuencia es el incremento de la punición. Todo delito de robo involucra la afectación simultánea de varios bienes jurídicos (cuanto menos dos) en pos de la sustracción (afectación patrimonial) que ciertamente es el objetivo final del sujeto activo. Ordenados según la frecuencia de su afectación se presentan del modo siguiente (sin referirse a un orden de prevalencia):

El delito es pluriofensivo

Patrimonio	Siempre afectado
Libertad	Siempre afectada
Integridad corporal	Afectada en algunos casos, según la conducta
Vida humana	Afectada en algunos casos, según la conducta

8. El artículo 188 del Código Penal sanciona la conducta de quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando para ello violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física. La fórmula legislativa, modificada por el Artículo 1 de la Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio de 2001, ha sido diseñada de la siguiente manera:

Conducta típica

> Artículo 188.- Robo: "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años".

9. La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo "a mano armada". Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe "amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física" (se entiende del sujeto pasivo)[4].

Cualidad de la amenaza

En el artículo 188 se alude a una amenaza inminente[5], de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad[6].

Se hallan afuera, por tanto, las advertencias de inferir males de menor connotación y las amenazas absurdas.

Requisitos de la amenaza

10. Según la perspectiva objetiva, la "amenaza inminente" ha de recaer sobre específicos bienes jurídicos personalísimos: vida o integridad corporal, desde luego puede tratarse de la vida o integridad de la propia víctima o de la vida o integridad de otra persona a quien la víctima proteja al someterse a la intimidación del sujeto activo (*vis compulsiva*) debe ser cierta (real, auténtica). Debido a ello, el mal anunciado a la víctima ha de ser grave, es decir, debe poner efectivamente en riesgo próximo la vida o la integridad física.

Postura objetiva de "A mano armada"

Si la descripción normativa "mano armada" se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma auténtica y funcional), la amenaza con arma de utilería o un juguete bélico semejante no sería cierta y, por tanto, al no ser factible con ella la afectación de la vida o integridad física, tampoco habría inminencia. Así, la postura objetiva respecto del arma —que exige el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, (vida o la integridad personal), como consecuencia del uso de la misma, y no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor, como postula la jurisprudencia española en atención a su ordenamiento penal (Conforme: STSE 1401/1999, de ocho de febrero de 2000) — no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas.

---

4 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española —en adelante, el DRAE— define el término amenaza con dos acepciones: "1. Tr. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien" y "2. Tr. Dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable".

5 Según el DRAE, del latín *imminens, -entis*. Part. Act. De *imminere* "amenazar" se entiende "que amenaza o está para suceder prontamente".

6 Según el DRAE: "cercanía, que dista poco en el espacio o en el tiempo".

§ 3. Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

11. Como se ha anotado, desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado *ex post*, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

Incongruencia de la postura objetiva

12. El significado del "arma" es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza[7]; a lo que se agrega el concepto de alevosía[8], que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor[9], situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial.

Significado de "arma y alevosía"

Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima10 (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro

7 Cfr., DRAE, disponible en: http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VQPyw97SLDXX2XNv4IED.

8 Cfr., DRAE. Entendida como una "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente".

9 Según el DRAE: "Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso".

10 El mecanismo que desata el miedo se encuentra, tanto en personas como en animales, en el cerebro, concretamente en el cerebro reptiliano, que se encarga de regular acciones esenciales para la supervivencia como comer y respirar, y en el sistema límbico, que es el encargado de regular las emociones, la lucha, la huida, la evitación del dolor y en general todas las funciones de conservación del individuo y de la especie. Este sistema revisa de manera constante (incluso durante el sueño) toda la información que se recibe a través de los sentidos, y lo hace mediante la estructura llamada amígdala cerebral, que controla las emociones básicas, como el miedo y el afecto, y se encarga de localizar la fuente del peligro. Cuando la amígdala se activa se desencadena la sensación de miedo y ansiedad, y su respuesta puede ser la huida, el enfrentamiento o la paralización. Se ha encontrado que la sensación de miedo está mediada por la actuación de la hormona antidiurética

que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía —más grave aún si se produce el ataque por la espalda—, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente[11] que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía[12]; y, **b)** la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía[13], por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

Desvalor de la alevosía

(o "vasopresina") en la amígdala cerebral y que la del afecto lo está por la de la hormona oxitocina, también en la amígdala.

El miedo produce cambios fisiológicos inmediatos: se incrementa el metabolismo celular, aumenta la presión arterial, la glucosa en sangre y la actividad cerebral, así como la coagulación sanguínea. El sistema inmunitario se detiene (al igual que toda función no esencial), la sangre fluye a los músculos mayores (especialmente a las extremidades inferiores, en preparación para la huida) y el corazón bombea sangre a gran velocidad para llevar hormonas a las células (especialmente adrenalina). También se producen importantes modificaciones faciales: agrandamiento de los ojos para mejorar la visión, dilatación de las pupilas para facilitar la admisión de luz, la frente se arruga y los labios se estiran horizontalmente.

La consolidación en la memoria de un episodio de miedo intenso (o de un trauma) no es inmediata. Según los investigadores Min Zhuo, Bao Ming Li y Bong Kiun Kaang la activación de los receptores NMDA (que son las moléculas que reciben las señales bioquímicas que provocan un efecto fisiológico concreto) provoca que en esos receptores se produzca una huella en las células cerebrales. En concreto, sería la subunidad molecular llamada NR2B la que serviría de marca de memoria. En experimentos realizados con ratones, el bloqueo de la NR2B en la corteza prefrontal produjo la desaparición de la reacción a un miedo previamente experimentado. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Miedo.

11 Al respecto, y principalmente, Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cuarta Edición, Manzanares Samaniego, José Luis (trad.), Comares, Granada, pp. 286-287; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General.* I. Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 396-397; y Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 376.

12 Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Barcelona: Bosch, 1971, p.561.

13 Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal español.* Parte General. II. Teoría jurídica del delito. Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 377; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 280-281.

Alevosía proditoria y sorpresiva

En algunos casos se tratará de alevosía proditoria (el acechar a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percatarse del ataque hasta el momento del hecho) y en otros de alevosía sorpresiva (en que el agente no se oculta pero no trasluce sus afanes sino hasta el instante mismo de la agresión).

En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán como reacción natural frente al atentado amenazante.

Efectos del empleo de un arma en las víctimas

13. El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar *a priori* —salvo se trate de persona especializada y según la circunstancias— su autenticidad, si se encuentra, o no, cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar —busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad—. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

Función disuasiva o intimidante del empleo de un arma de fuego

14. En la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado "Q" denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO[14]; se describe un modo de actuar que revela

14 En el acápite 4 relativo al "Procedimiento a Seguir en Caso de Emplearse Armas", se precisa que el policía debe: a) Identificarse como miembro PNP. b) Hacer conocer con voz clara y firme que se va a hacer uso del arma. c) Repetir dos veces esta notificación, incluyendo que se va a disparar. d) Si no ha sido posible conseguir resultados favorables con estas advertencias, se efectuará un disparo al aire con el objeto de amedrentarlos, procurando que el disparo no cause daño. e) Si a pesar de ello no se obtiene que el infractor deponga su actitud, se hará uso enérgico del arma, evitando causarle la muerte. f) Si en una captura intervienen varios miembros de la Policía Nacional, el más antiguo dará la orden para el empleo de las armas, siendo responsable de su determinación.

diáfanamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía[15] y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

En el ordenamiento penal peruano no existía una previsión general de tal naturaleza y se hallaba la alevosía única y directamente vinculada al homicidio calificado (artículo 108.3 del CP).

La alevosía en el ordenamiento peruano

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano[16], señala como una circunstancia genérica de agravación, el "ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe"; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados "a mano armada", por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

Dificultad en la diferenciación de arma de fuego real de aparente

Cabe resaltar que en la Ley N.° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o símiles de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que "las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real" y "no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada"[17].

15 La expresión "alevosía", según Cerezo Mir, exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto "haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima", sino que "basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados". Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito. Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 372.

16 Vigente desde agosto del 2013, en el artículo 1 de la Ley N.° 30076.

17 En noviembre del 2014, un adolescente afroamericano de doce años, en Cleveland (Ohio), apuntaba con una pistola a los transeúntes en un parque, y luego de una denuncia

15. En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer *a priori* si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad)[18].

16. A mayor abundamiento, en el artículo 189.C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente "hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal", con lo que el legislador asumió el sentido amplio de "arma" y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder del agente que sustrae ganado, valiéndose de tales elementos.

Resultaría paradójico que se pudiera entender como "arma" en general o, "arma de fuego" en particular, únicamente al arma auténtica y funcional para el supuesto de asalto a las personas para despojar a las víctimas de cualquier bien que no sea ganado; pero cuando se configurare un supuesto de abigeato, se tuviera que entender que cualquier instrumento que pudiere servir como arma (útil para configurar la alevosía del agente) deberá ser considerado como tal y calificar la conducta como delito agravado. Se generaría así un doble estándar de aplicación de la propia ley en materia de robo, diferenciada sin motivo atendible por la naturaleza del bien material sustraído.

Uso de arma en el delito de robo de ganado

Se generaría por interpretación una protección especial al patrimonio ganadero, diferente a la que corresponde a la persona (de cualquier edad o condición) que no lo es.

telefónica, un vehículo patrullero se hizo presente casi al instante y un agente policial conminó al atacante hasta en tres oportunidades a que levantara las manos, y tras hacer caso omiso el menor llevó las manos a la cintura (se ignora si para sacar el arma) y el policía le disparó en el abdomen.

El adolescente murió en el hospital. El arma no era verdadera, sino una pistola airsoft, que no tenía el tapón o el botón naranja que lo distinguiera de las verdaderas.

La interrogante es si el tema se ha de abordar como un caso de legítima defensa, un caso de cumplimiento del deber o un asesinato. Lo probable es que se entienda aquel proceder como justificado. A mayor información, véase: <http://mexico.cnn.com/mundo/2014/11/23/la-policia-mata-a-un-menor-que-portaba-un-arma-de-juguete-en-cleveland>

18 En el artículo 14 del Proyecto de Reglamento de la Ley N.° 30299, de 24 de julio de 2015 (Resolución Ministerial 0426-2015-IN), se considera que deberá ser fácil el diferenciar por terceros las que no son armas de fuego reales.

17. Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquela quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma.

Diferencia de robo simple del agravado

Por tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3 del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

Sentido interpretativo de "a mano armada"

§ 4. Respecto al delito de tenencia ilícita de armas de fuego

18. Es de resaltar que las valoraciones sobre autenticidad y funcionabilidad de armas de fuego son atendibles y exigibles en el específico caso de los delitos de tenencia ilícita de armas de fuego (artículo 279 del Código Penal).

Compatibilidad de esta interpretación en la tenencia ilícita de arma de fuego]

III. DECISIÓN

19. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

20. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 al 18.

21. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

22. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

4.
SENTENCIA PLENARIA N.° 1-2005/CJ-301-A
MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO

Sentencia Plenaria	**N.° 1-2005/DJ-301-A**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Jorge Gonzales Campos y César San Martín Castro
Tema	Momento de la consumación en el delito de robo agravado
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-10
Concordancia	Código Penal: art. 189

SUMILLA:

La consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída. Disponibilidad que, más que real y efectiva 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.

PLENO JURISDICCIONAL DE LOS VOCALES DE LO PENAL

DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA PLENARIA N.° 1-2005/CJ-301-A

Discrepancia jurisprudencial: Art. 301-A CPP
Asunto: Momento de la consumación en el delito de robo agravado

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, han pronunciado la siguiente

SENTENCIA PLENARIA

I. ANTECEDENTES.

1. Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Corresponde en este caso, luego de las labores preparatorias del equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, dar cumplimiento a lo dispuesto por el citado artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, y dictar una sentencia plenaria respecto a la definición del *"momento de la consumación del delito de robo agravado"*, frente a la discrepancia surgida sobre ese asunto por las Ejecutorias supremas del diecisiete de febrero del dos mil cinco, recaída en el Expediente número tres mil novecientos treintidós-dos mil cuatro, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, y del once de abril del dos mil cinco, recaída en el Expediente número ciento dos-dos mil cinco, dictada por la Sala Penal Permanente. Esta última Ejecutoria, con arreglo al apartado dos del referido artículo 301-A de la ley procesal penal, decidió la convocatoria al Pleno Jurisdiccional.

3. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el quinto fundamento jurídico, luego de definir el delito de robo —consiste, según esa decisión, en el apoderamiento de un bien mueble, con *animus 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— precisa que este se consuma con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo. En el octavo fundamento jurídico puntualizó que el delito de robo agravado queda consumado cuando los agresores huyen con el dinero, pues no solo habían aprehendido el objeto que estaba en poder y dominio de la víctima, sino que se lo llevaban (reemplazo de un dominio por otro), teniendo la cosa en sus manos, aunque fuera por breve tiempo. En el noveno fundamento jurídico reiteró que el delito de robo agravado quedó consumado desde el momento en que los agentes delictivos huyen con el botín, ejerciendo actos de disposición (aunque por breve tiempo).

4. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el cuarto fundamento jurídico, señaló que el apoderamiento debe entenderse consumado, no con el solo hecho de aprehender o coger la cosa —*contrectatio*— ni en el mero hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino con la *illatio*, esto es, cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre

la cosa —puede ser incluso momentánea, fugaz o de breve duración, así como de parte de lo sustraído para que quede consumado en su totalidad, en tanto que se precisa la efectiva disposición de la misma—, lo que no sucede cuando se está persiguiendo al agente y se le captura en posesión de la misma. Agrega en dicho fundamento jurídico que será tentativa, pese a la aprehensión de la cosa, cuando el imputado es sorprendido *in fragantio in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de en persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea o fugaz.

5. La deliberación y votación del asunto en discusión se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de nueve señores vocales y con el voto discrepante del señor Balcazar Zelada, que se agregará en documento aparte, se emitió la presente sentencia plenaria. Se designó como ponentes a los señores Gonzáles Campos y San Martín Castro, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. 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.

Elementos típicos del delito de robo

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 18 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.

Apoderamiento y sustracción

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 solo 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, aun cuando solo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

El apoderamiento como criterio para determinar la consumación del robo agravado

9. Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa —de realizar materialmente sobre ella actos dispositivitos— permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *contrectatio* —que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa—, la *amotio* —que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar— y la *illatio* —que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la antera 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.

Teorías que diferencian entre la consumación y tentativa del robo agravado

10. Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída —de inicio solo 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 este 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.

Disponibilidad potencial

III. DECISIÓN

11. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunido de conformidad con el apartado dos del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959; por mayoría de 9 votos contra uno.

HA RESUELTO

12. ESTABLECER como doctrina legal, respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 7 a 10 de la presente Sentencia Plenaria.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedente vinculante para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en especial las vinculantes, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos de la presente Sentencia Plenaria.

14. PUBLICAR esta Sentencia Plenaria en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber

S.S.

SIVINA HURTADO/ GONZÁLES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR BALCAZAR ZELADA

1. No comparto los fundamentos de la presente Sentencia Plenaria y, por el contrario, considero que el criterio debe presidir la diferenciación entre consumación y tentativa en los delitos de robo agravado es, propiamente, la *amotio*. Por tanto, basta que el sujeto activo, luego de utilizar violencia o amenaza, se apodere de la cosa, la toma para sí y la remueva, esto es, la traslade o mueva de lugar. La acción de apoderamiento, en este caso, quedará consumada con ese hecho, por lo que no hace falta que el autor pueda disponer efectiva o potencialmente de la cosa sustraída, pues con la remoción ya se afectó la esfera de custodia del afectado.

La *amotio* como criterio diferenciador de la consumación y la tentativa en el robo agravado

2. En tal virtud, MI VOTO es porque en los delitos de robo el momento consumativo tiene lugar cuando el agente toma para sí la cosa y la remueva o traslade de lugar, sin que a ello sea trascendente que tenga la disposición, real o potencial, de la misma.

S.
BALCAZAR ZELADA

III.
EXTORSIÓN Y RECEPTACIÓN

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 2-2012/CJ-116
DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE EXTORSIÓN Y RECEPTACIÓN DE VEHÍCULOS MOTORIZADOS OBJETOS DE DELITOS DE HURTO O ROBO

Acuerdo Plenario	**N.º 2-2012/CJ-116**
Fecha	24.01.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Diferencias entre delitos de extorsión y receptación de vehículos motorizados objetos de delitos de hurto o robo
Doctrina legal	ff. jj. nº 8-11
Concordancia	Código Penal: arts. 194, 195 y 200

SUMILLA:

[...] [D]eben considerarse como una modalidad del delito de extorsión por amenaza (artículo 200 del Código Penal), aquellos casos donde el intermediario que ofrece la ubicación o recuperación del vehículo hurtado o robado, a cambio de una contraprestación económica indebida, anuncie que de no aceptarse su oferta, será destruido, desaparecido, desmantelado, etc. Que, por consiguiente, cuando no medie la aludida amenaza y en atención al modo concreto de intervención que asuma el intermediario frente al titular del vehículo afectado (ayude a negociar su recuperación o procure que se le adquiera por un precio), el hecho antijurídico podrá ser calificado como un delito de receptación agravada (artículos 194 y 195 del Código Penal).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2012

ACUERDO PLENARIO N.º 2-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Diferencias entre los delitos de extorsión y receptación de vehículos motorizados objetos de delitos de hurto o robo

Lima, veinticuatro de enero del dos mil trece

Los jueces y juezas supremos(as) de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, así como del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria y Vocalía de Instrucción, de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.º 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio del dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias Esta etapa, llevada a cabo entre el trece de agosto al treinta de octubre del dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país a participar e intervenir, con sus valiosos aportes, en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de Internet del Poder Judicial, con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo Penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre del dos mil doce, discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que conocen en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre del dos mil doce, se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre del dos mil doce. En ella, los representantes

de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes, en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria, realizada en la fecha mencionada, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, donde intervinieron todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación del presente Acuerdo Plenario se realizó el día indicado. Como resultado de la deliberación, y de la votación, se logró el número de votos calificados para la decisión.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La situación problemática detectada

6. En los últimos cinco años, la presencia reiterada de procesos penales, donde las imputaciones delictivas se vinculan con actos de oferta de recuperación o ubicación de vehículos motorizados, que fueron objeto de delitos de hurto o robo, ha motivado la atención de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, por la calificación jurídica o tipicidad que a tales hechos les han atribuido el Ministerio Público y las instancias de la judicatura nacional. En ese contexto, la tendencia predominante ha sido la de asimilar tales conductas a modalidades del delito de extorsión, mediante empleo de amenazas (artículo 200 del Código Penal). Sobre todo en aquellos casos donde se ha formulado una exigencia económica, como contraprestación, recompensa o rescate, por la ubicación, entrega o recuperación del vehículo que fue robado o hurtado. Por lo general, en estos supuestos se suele conminar al interesado a dar tal ventaja económica, ya que de no hacerlo "nunca más verá su vehículo" o este será "desmantelado o destruido". Pero, también, se ha calificado, aunque en menor medida, como delitos de extorsión, la intervención de un tercero que se atribuye la representación o conexión con los poseedores ilícitos de los vehículos afectados por delitos previos contra el patrimonio, y que, también, por determinadas cantidades de dinero, podría influir o interceder ante aquellos para la recuperación de tales bienes por su legítimo propietario o poseedor. Incluso, en algunas ocasiones, quien

Descripción de la situación problemática

funge de intermediario y oferta su capacidad de influencia para dicha eventual recuperación, ha sido un efectivo policial de la misma comisaría donde fue denunciado el hecho delictivo, recaído sobre el vehículo motorizado. Sin embargo, para un sector minoritario, esta conducta no constituye un acto de extorsión sino, más bien, una forma específica de realizar un delito de receptación patrimonial (artículo 194 del Código Penal), concretamente la de "ayuda a negociar" un bien hurtado o robado y, por ende, de procedencia delictiva, que el receptador conoce o debía cuando menos presumir.

7. Ahora bien, la problemática derivada de estas tendencias hermenéuticas, verificadas en el proceder jurisdiccional, atañe, pues, sobre todo, a su compatibilidad con el principio de legalidad, en su exigencia de debida subsunción típica. Esto es, si la calificación jurídica de los actos descritos corresponde al tipo penal del delito de extorsión previsto o de receptación patrimonial. Pero, además, dicha alterna dualidad de atribuciones típicas a un mismo hecho pone en riesgo la predictibilidad de la decisión judicial del caso, así como la proporcionalidad de la pena aplicable; es decir, el principio de pena justa puede verse también comprometido si no se logra una correcta tipicidad sobre los hechos imputados y probados.

Necesidad de una debida subsunción típica

§ 2. ¿Extorsión o receptación?

8. Tradicionalmente, la doctrina penal nacional no ha considerado necesario hacer un deslinde entre modalidades de extorsión por violencia o amenaza, con formas de receptación, como el ayudar a negociar los bienes objeto de delitos patrimoniales procedentes del hurto o robo. Al parecer, la clara incompatibilidad típica de las prácticas receptadoras, con el empleo de medios violentos, torna innecesario y hasta impertinente discutir dogmáticamente sobre dicha distinción. Por el contrario, los autores nacionales han estimado siempre oportuno debatir y fijar criterios hermenéuticos de deslinde entre las estructuras y los alcances típicos de la extorsión, la coacción, el secuestro extorsivo o el robo (Cfr. ROY FREYRE, Luis E., *Derecho Penal peruano*, t. III, Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983, p. 250 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II-A. Delitos Contra el Patrimonio*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 456 y ss.; HUGO VIZCARDO, Silfredo, *Lecciones de Derecho Penal. Delitos contra el patrimonio*, Lima: Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 268 y ss.; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 4° ed., Lima: Grijley, 2010, p. 385 y ss.).

9. Siguiendo, entonces, la ruta señalada por las líneas de interpretación que ha producido la judicatura, en el problema que analizamos, cabe reconocer que ella coloca como centro de la discusión interpretativa la exigencia de una presencia necesaria o no del anuncio expreso de un futuro mal material, que sufrirá el vehículo motorizado que fuera hurtado o robado (pérdida definitiva, destrucción, desmantelamiento, etc.); como consecuencia del rechazo al requerimiento económico indebido que se formula como contraprestación para su ubicación o recuperación por su legítimo titular. Al respecto, cabe precisar que la doctrina nacional coincide en reconocer que el contenido concreto de la amenaza, con fines de extorsión, no tiene otra especificación o condicionamiento que su idoneidad para determinar la voluntad del sujeto pasivo hacia la entrega de la ventaja económica indebida que se le exige. Como señala Peña Cabrera: "Con este criterio se estimará que en el sujeto pasivo en el caso concreto, se ha producido el efecto intimidatorio querido por el autor" (PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II-A. Delitos Contra el Patrimonio*. ob. cit., p. 466). Por tanto, pues, muy bien puede consistir ese anuncio negativo o amenaza en la destrucción, desmantelamiento o desaparición total del vehículo que le fue robado o hurtado a la víctima. El potencial perjuicio mayor y definitivo que ello ocasionaría sobre el patrimonio de quien fue la víctima de tales delitos otorga, a esa forma de amenazas, una evidente capacidad extorsionadora. El sujeto pasivo de esta acción extorsionadora podría ceder a esa presión psicológica para asegurar la recuperación de su vehículo y la indemnidad del mismo. Al respecto, precisa Salinas Siccha: "[...] la ley no exige que la violencia o la amenaza sea en términos absolutos; es decir, de características irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, basta que el uso de tales circunstancias tenga efectos suficientes y eficaces en la ocasión concreta, para lograr que la víctima entregue una ventaja indebida cualquiera" (SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 4° ed., ob. cit., p. 363). Obviamente que se requiere que quien formula esas amenazas debe de hacerlo seriamente, con finalidad lucrativa ilegal y, además, debe estar en capacidad, cuando menos potencial, de disponer o materializar el suceso negativo que anuncia con su amenaza sobre el vehículo hurtado o robado, aun cuando no haya intervenido directamente en la ejecución de los señalados delitos previos. Roy Freyre ha destacado esas características de la amenaza al comentar el delito de extorsión en el Código Penal de 1924, y señala que ella debe ser "determinada, seria, posible e inminente" (ROY FREYRE, Luis E., *Derecho Penal peruano. Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio*, t. III, Instituto Peruano de Ciencias Penales). En consecuencia, todo

La amenaza típica del delito de extorsión

anuncio inverosímil o falso no podrán calificar, por inidoneidad, para la modalidad extorsiva que se examina; e, incluso, el engaño sobre la capacidad de restitución que se atribuye el agente y que pueda convencer a la víctima, y logra de esta un desprendimiento patrimonial a su favor, no podrá constituir extorsión, pero sí, estafa.

10. En consecuencia, pues, el espacio residual que quedaría para la asimilación típica de la modalidad receptadora de ayudar a negociar vehículos robados o hurtados, tendría que situarse siempre fuera del empleo de toda forma de amenaza, por parte de quien contacta y propone vías onerosas de recuperación o ubicación de los vehículos hurtados o robados. Esto es, se requiere un acto de negociación, por lo que debe entenderse esta en sentido amplio y no solo como formas de compraventa, sino como tratativas bilaterales que involucren al interesado en la ubicación y recuperación del vehículo objeto del delito previo, con quien lo tiene ilegalmente en su poder o con quien a este último representa. La conducta receptadora punible (ayudar a negociar) requiere, pues, que su autor se ofrezca a mediar o se manifieste para iguales efectos como un mandatario de los autores de los delitos previos, ante el titular legítimo del bien, para proponerle e intercambiarle la ubicación y recuperación de su vehículo por una contraprestación dineraria ilegal. Igual posición penal asumirá quien se ofrezca a revender el vehículo hurtado o robado, y que anteriormente adquirió dolosamente de los autores de tales delitos precedentes, aunque en este supuesto su conducta receptadora sería, conforme al tipo penal alternativo del artículo 194 del Código Penal, la de quien "vende". Ahora bien, tal como lo ha destacado la doctrina, en todos estos casos, lo importante es que el intermediario o mensajero sea ajeno a la comisión de los delitos previos y, en tal condición, proponga o asuma una intervención decidida para el perfeccionamiento de la devolución o restitución de los vehículos afectados (HUGO VIZCARDO, Silfredo. *Lecciones de Derecho Penal. Delitos contra el patrimonio*. ob. cit., p. 200). En ese mismo sentido, Salinas Siccha admite que lo relevante, por ejemplo, para los casos de "venta" es que "[...] el vendedor del bien mueble no es el autor del delito precedente, sino un tercero que no ha participado en aquel delito de donde se obtuvo el bien" (SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 4° ed., ob. cit., p. 261). Cabe precisar también que para la determinación de la pena en estos supuestos de receptación, que al ser los bienes objeto de las acciones negociadoras o de venta en las que interviene el agente de vehículos automotores, se configura plenamente la circunstancia agravante regulada por el artículo 195 del Código Penal.

Espacio residual de la conducta receptadora

11. Si se tienen presentes las consideraciones y argumentos expuestos, deben considerarse como una modalidad del delito de extorsión por amenaza (artículo 200 del Código Penal), aquellos casos donde el intermediario que ofrece la ubicación o recuperación del vehículo hurtado o robado, a cambio de una contraprestación económica indebida, anuncie que de no aceptarse su oferta, será destruido, desaparecido, desmantelado, etc. Que, por consiguiente, cuando no medie la aludida amenaza y en atención al modo concreto de intervención que asuma el intermediario frente al titular del vehículo afectado (ayude a negociar su recuperación o procure que se le adquiera por un precio), el hecho antijurídico podrá ser calificado como un delito de receptación agravada (artículos 194 y 195 del Código Penal).

Alcances del delito de extorsión por amenaza y delito de receptación agravada

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

13. ESTABLECER, como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 11 del presente Acuerdo Plenario.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal, antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22, de la LOPJ, aplicable extensivamente a los acuerdos plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

15. DECLARAR que, sin embargo, los jueces fue integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan, nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / LECAROS / CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / TELLO GILARDI / PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES

SECCIÓN CUARTA
Delitos contra la seguridad pública

I.
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2008/CJ-116
CORREO DE DROGAS, DELITO DE TID Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 297.6 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2008/CJ-116**
Fecha	18.07.2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Javier Villa Stein y César San Martín
Tema	Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal.
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 7-10
Concordancia	Código Penal: arts. 296 y 297

SUMILLA:

[E]l 'correo de drogas' solo interviene en el transporte, y es ajeno al nucleo 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 se realiza el transporte.

El sub tipo agraviado requiere que el sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases: (1) la obtención; (2) la determinación o ubicación; (3) actos de intermediación; (4) actos de guarda previa; (5) actos de aportación de personas o bienes inmuebles.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio del dos mil ocho

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, e instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos arios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la configuración típica de los transportadores de droga o correos de droga, conocidos como "Burriers", en el delito de tráfico ilícito de drogas, y su calificación en el tipo legal básico del artículo 296 del Código Penal o en la circunstancia agravada prevista y sancionada en la primera parte del artículo 297 del citado Código.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos

Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría absoluta de trece votos, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Villa Stein y se incluyó al señor San Martín Castro, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

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.

Tráfico ilícito de drogas agravado por pluralidad de agentes

7. Es 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 en 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—.

"correo de droga" o "burriers"

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.

"Correo de drogas": imputación subjetiva

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. [Fundamento de punición del "correo de drogas"] Su conducta ha de ser dolosa —que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros—, pues de lo contrario incurrirían en un 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 ochenticuatro).

Necesidad de la concurrencia de 3 o más personas

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 o 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, ente, 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. Este debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296 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 este 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.

Alcances del tráfico drogas

El "correo de drogas", desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7 del presente Acuerdo Plenario, solo 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 se realiza el transporte.

"Correo de droga" es ajeno a la organización criminal

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", aun cuando subordinada en el aspecto económico 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.

"Correo de drogas": Autor del tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas

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 cuál es el rol concreto a ejecutar

por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícitos 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 labilidad. Por tanto, no solo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto del 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 de tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296 del Código Penal.

Principios de proporcionalidad y razonabilidad

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 solo 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 más 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 cualesquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o (2) la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte: (3) actos de intermediación, (4) actos de guarda previa o almacenaje, (5) actos de aportación de personas o bien instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa.

Requisitos para la configuración de la agravante "integrante de una organización criminal"

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, aún cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que

El "correo de droga" como coautor del agravado

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 subtipo agravado del inciso 6, artículo 297 del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado.

11. Lo expuesto, analizado en función a la exclusiva conducta del correo de drogas, no significa que si este en concierto con otras personas —otras dos o más—, que realizan la misma conducta típica, llevan a cabo el referido acto de transporte como parte de un mismo acto delictivo o plan criminal, no deba aplicarse el sub tipo legal agravado del inciso 6, del artículo 297 del Código Penal. Por consiguiente, si en un acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, intervienen, mediando concierto, tres o más burriers, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6, del artículo 297 del Código Penal.

II. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

13. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos siete a diez, la siguiente:

1) El "correo de drogas", según los lineamientos expuestos en el fundamento indico 7 del presente Acuerdo Plenario, solo interviene en el transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores; es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el desplazamiento de dichos bienes delictivos. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

2) El "correo de drogas" es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico.

3) No es de aplicación al "correo de drogas" la circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6, del artículo 297 del Código Penal, salvo lo señalado en el párrafo 11. El simple concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. El agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas —

anteriores, concomitantes y posteriores— de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aún cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

15. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ ROJAS MARAVÍ/ PONCE DE MIER/ MOLINA ORDÓÑEZ/ SANTOS PEÑA/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ PARIONA PASTRANA/ ZECENARRO MATEUS/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GANVINI

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2005/CJ-116
INTERVENCIÓN DE TRES O MÁS AGENTES. ALCANCES DEL ART. 297.6 DEL CÓDIGO PENAL

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2005/CJ-116**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Luis Lecaros Cornejo
Tema	*Intervención de tres o más agentes. Alcances del art. 297.6 CP*
Doctrina legal	ff. jj. n.° 7
Concordancia	Código Penal: art. 297. 6

SUMILLA:

7. [L]a 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 297.6 del Código Penal. ii) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante. iii) el conocimiento es un elemento [...] Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante. iv) Es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2005/CJ-116

Concordancia jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Intervención de tres o más agentes. Alcances del art. 297.6 CP.

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos —sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas—, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza la exigencia de concertación o acuerdo previo para realizar el hecho punible de tráfico ilícito de drogas. Se trata de precisar los alcances del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

TID agravado cometido por 3 o mas personas

6. La primera parte del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, modificado por la Ley N.° 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* [....]".

7. 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:

La sola circunstancia de pluralidad de agentes no es suficiente

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 297.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).

Ejecución sin concurso no es suficiente

b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297 del Código Penal.

Conocimiento de un plan determinado es necesario

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.

La decisión conjunta es esencial

d) La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297 del Código Penal.

III. DECISIÓN

8. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas al amparo de lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ**:

9. ESTABLECER como reglas de interpretación del artículo 297.6 del Código Penal, las que describen en el párrafo 7 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dicho párrafo, constituye precedente vinculante.

10. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SIVINA HURTADO/ GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZELADA/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

SECCIÓN QUINTA
Delitos contra la tranquilidad pública

I.
DELITOS CONTRA LA PAZ PÚBLICA

I.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2006/CJ-116
COSA JUZGADA EN RELACIÓN AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Robinson Gonzales Campos, Cesar San Martin Castro y Hugo Príncipe Trujillo
Tema	Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 6-13
Concordancia	Código Penal: arts. 78, 90 y 317

SUMILLA:

13. [E]s 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.

Lima, trece de octubre del dos mil seis

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juzgada respecto al delito de asociación ilícita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4215-2004/Lima, del 5 de julio del 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Limitaciones al *ius puniendi*

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.

Normas internacionales sobre el doble juzgamiento

7. El Pacto Internacional de la 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*".

Normas constitucionales sobre el doble juzgamiento

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

Extinción de la acción en 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.

Efectos de la cosa juzgada

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 ..."

Límite subjetivo de la cosa juzgada

Límite objetivo de la cosa juzgada

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 solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...*"

Tipo penal del delito de asociación ilícita

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo 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 y **(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.

Características del delito de asociación ilícita

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.

Autonomía de la asociación ilícita

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.

III. DECISIÓN

14. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ:**

15. ESTABLECER como reglas con valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

17. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

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/ URBINA GAMBINI

SECCIÓN SEXTA
Delitos contra la humanidad

I.
DESAPARICIÓN FORZADA

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 9-2009/CJ-116
DESAPARICIÓN FORZADA

Acuerdo Plenario	**N.° 9-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Hugo Molina Ordoñez y Blaggu Gómez
Tema	Desaparición forzada
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 6-16
Concordancia	Código Penal: art. 320

"i) [S]i 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. ii) 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. iii) 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 —solo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos—, es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 9-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Desaparición forzada

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre las características y aplicación del delito de desaparición forzada —entre ellas, es de destacar las recaídas en los Recursos de Nulidad número 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007; 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre del 2007; 1809-2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008; y 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009. En especial, el contenido del injusto penal, su aplicación temporal a los sujetos involucrados en crímenes de desaparición forzada.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar

jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores Molina Ordoñez y Biaggi Gómez, quienes con el concurso en la ponencia del señor San Martín Castro, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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*".

Crimen internacional

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 22—. 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 320—, en el creado Título XIV-A "Delito contra la humanidad".*

Evolución legislativa

7. 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 2.24.d) y 139. 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.

Delito complejo

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 del 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.

Tratados internacionales

Carácter no autoaplicativo

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:

Marco normativo internacional

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, 19821983, 1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala.

Grupo de trabajo sobre desaparición forzadas o involuntarias

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 estas 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 con 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*".

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones

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 del 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 del 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 a intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*".

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas

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 del 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*".

Convención Internacional para la protección de todas las personas desaparecidas forzadas

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 del 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 del 2009 (párrafos 164-167).

B. El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320 del Código Penal se limita a señalar la "desaparición debidamente

comprobada" de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquellos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad.

§ 2. 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 del 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto del 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—.

Delito complejo por conductas sucesivas

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, pp. 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.

Elemento esencial del tipo penal

11. 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

Deber de informar

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 MÉNDEZ, "Perú: El delito de desaparición forzada", en: Desaparición Forzada de Personas-Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), ob. cit., p. 122].

Principio de injerencia

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*".

Deber de garante del sujeto activo

12. El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible —artículo 29 del ECPI—.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización

se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aun cuando no se presente el aludido elemento contextual, está firmada 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 [MONTOYA VIVANCO, Yvan, *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales,* Cuaderno de Trabajo número 11, Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima, Agosto, 2009, p. 28.

No exigencia del elemento contextual

Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [MONTOYA VIVANCO, Yvan, "El Derecho Internacional y los delitos", en: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* (FRANCISCO MACEDO: coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2007, p. 40].

Imprescriptible

13. El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Solo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado —aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal—. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, YVAN, "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 del 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 [MODOLELL GONZÁLES, Juan Luis, *"El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte*

delito especial propio

Sujeto cualificado

Interamericana de Derechos Humanos", en: Revista Derecho PUCP, n.° 63, noviembre 2009, p. 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos.

Pluriofensivo

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, párr. 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 [VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, *La desaparición forzadas de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2004, p. 111], en la protección de la personalidad jurídica —no solo 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— [MONTOYA VIVANCO, Yvan, *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales,* Ob. cit., p. 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, Ob. cit., pp. 121-224]. 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.

Deber de garante del sujeto activo

Desvalor de la acción

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, "*... sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección*" [GALAIN PALERMO, Pablo, *Uruguay: El delito de desaparición forzada,* en: Desaparición Forzada

Delito permamente

de Personas-Análisis comparado e internacional, (Coordinador: Kai Ambos), ob. cit., p. 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 [García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal,* Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 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 —esta "aparece"—, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párr. 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 Bohm, La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo, en: Desaparición Forzada de Personas-Análisis comparado e internacional, (Coordindor: Kai Ambos), Ob. cit., p.250].

Compatible con lo expuesto es el artículo 17 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: *"Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido* los hechos". De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: "*...Dicho delito será considerado como continuado* [sic] *o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*".

Consumación

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

Cese de la situación antijurídica

otro modo, en la privación de libertad —extraordinariamente cuando este devenga en incapaz absoluto— [MONTOYA VIVANCO, Yvan, Ob. cit., p. 25].

Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina, conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párr. 181), Godínez Cruz (párr. 186), y Aloeboetoe y otros (párr. 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, p. 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.

Obligación de investigar

§ 3. 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 solo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.

Entrada en vigor de la ley posterior del hecho

B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva —de riesgo prohibido para el bien jurídico— por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párr. 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo del 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*".

Durante el hecho

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 —solo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos— es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público.

La condición del funcionario

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 —esta 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.

Transferencia del puesto del agente

16. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas solo 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), Ob. cit., pp. 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-368, del 29 de marzo del 2000.

Delito de desaparición forzosa y su aplicación en el tiempo

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez jueces supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

18. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 16.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES 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/ ZEVALLOS SOTO

SECCIÓN SÉTIMA

Delitos contra la administración pública

I.
DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

1.
ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.° 1-2016/CIJ-116
LA AGRAVANTE DEL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD POLICIAL: TIPICIDAD Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Acuerdo Plenario Extraordinario	N.° 1-2016/CIJ-116
Fecha	1.06.16
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Víctor Prado Saldarriaga, Josué Pariona Pastrana y Duberli Rodríguez Tineo
Tema	La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial: Tipicidad y determinación judicial de la pena.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 16-23
Concordancia	Código Penal: arts. 365, 366 y 367

SUMILLA:

"[E]l delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado [...]. Por lo tanto, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente [...]. Cabe señalar también que los insultos o actos de menosprecios verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (Art. 130), pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la Administración pública cometidos por terceros".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.° 1-2016/CIJ-116

Base Legal: Artículo 116 TUO LOPJ

ASUNTO: La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial: Tipicidad y determinación judicial de la pena.

Lima, uno de junio del dos mil dieciséis.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. **Primera,** la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos **(i)** a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, **(ii)** al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. **Segunda**, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero del 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (juez superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), HortsSchonbohm (juez alemán jubilado), César Nakazaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima)

y Bonifacio Meneses Gonzales (juez superior de Lima, Coordinador Nacional de la implementación de los juzgados de Flagrancia).

4. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal Penal, así como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana para la formulación de la ponencia referida al "Delito de violencia y resistencia a la autoridad. Proporcionalidad de la pena".

Presentada la ponencia pertinente, en la sesión de la fecha se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5. El presente Acuerdo Plenario, por unanimidad, se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana quienes expresan el parecer del Pleno

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La situación problemática

6. Las sucesivas reformas introducidas en el artículo 367 del Código Penal que regula el catálogo de circunstancias agravantes específicas del delito de violencia y resistencia ejercida contra la autoridad, tipificado y reprimido en los numerales 365 y 366 del citado cuerpo legal, se han caracterizado por expresar una clara tendencia hacia la sobrecriminalización. La cual se ha manifestado a través del incremento reiterado de las penas conminadas originalmente en dicha disposición legal, así como con la adición también continua de nuevos supuestos de agravación como el que hoy contiene el **inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367** y que considera como factor calificante, entre otros casos, que el agente del delito dirija su conducta ilícita contra "*un miembro de la Policía Nacional*".

Situación activa de las formas agravadas de los arts. 365 y 366 CP

7. Internamente la actual redacción del artículo 367 contempla tres grados o niveles de circunstancias agravantes específicas, cada uno de los cuales está vinculado con un determinado estándar de punibilidad. El caso de aquella relacionada con la calidad de efectivo policial de la autoridad afectada por el hecho punible, corresponde al segundo grado

Agravante de efectivo policial de 2.° grado

o nivel de agravantes donde la penalidad prevista es pena privativa de libertad no menor de ocho y ni mayor de doce años.

8. Recientemente, la aplicación judicial de dicha agravante ha motivado continuos cuestionamientos. En lo esencial se ha objetado que los operadores de la justicia penal no tienen una lectura adecuada de los presupuestos normativos que legitiman su configuración. Y que las penas que han impuesto resienten de manera grave la proporcionalidad que debería derivar de las circunstancias concretas de realización del delito y, por tanto, del *principio rector de pena justa.*

Problemática sobre la agravante la agravante de efectivo policial de 2.° grado

9. Resulta, pues, pertinente y necesario fijar criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda tal circunstancia agravante y de los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor de un delito de violencia y resistencia contra la autoridad, cuando esta última sea un integrante de la Policía Nacional en ejercicio de sus competencias y funciones.

Necesidad de una concreta limitación sobre la agravante de efectivo policial?]

§ 2. La interpretación de la norma penal conforme a la Constitución y a los principios del Derecho Penal

10. El ordenamiento jurídico no se fundamenta solo en la Ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la definición de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto. En el mundo existen distintos tipos de esquemas valorativos y de principios jurídicos. Aquellos valores que defiende nuestro modelo constitucional no tienen por qué coincidir con los valores que defiende otra sociedad. Se trata de sociedades distintas que tienen concepciones diferentes de ellas mismas y de las relaciones entre las personas que las conforman. La importancia de la labor del constituyente reside en determinar cuáles son, de todo el espectro de posibilidades, aquellos valores y principios que definen a nuestra sociedad. Cuando realiza dicha selección, la plasma en disposiciones constitucionales, las cuales son la referencia obligatoria de los órganos constituidos, tanto del legislador como del juzgador.

Principios penales y constitucionales

11. La selección realizada por el constituyente tiene sus efectos directos en la labor que desempeñarán todos los operadores jurídicos, pues ellos deberán cumplir sus funciones dentro de los marcos que establece la Constitución, por una doble razón. En primer lugar, desde una perspectiva formal, porque la Constitución Política es la norma básica del ordenamiento jurídico. Por tanto, las normas que se crean, o la interpretación que se realiza de aquellas, deberán encontrarse conforme

a la Ley Fundamental, dada su posición en la base del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, existe una razón de validez material, según la cual la norma es concebida como una expresión, específicamente una concreción, de los principios o los valores que la Constitución recoge. La actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y ante todo— un razonamiento constitucional. Desde este enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez al interior del sistema jurídico; esto es, de su conformidad con la Constitución.

Constitución como base para la actividad interpretativa del juzgador

12. Para realizar una interpretación constitucional de la norma penal, el juzgador deberá verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima. En el ámbito penal, aunque también es aplicable esta lógica a otros ámbitos, el principio que ayuda a la verificación de la constitucionalidad de la norma es el principio de proporcionalidad. La aplicación del mencionado principio, conforme autorizada doctrina [Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3 ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2007, *passim*.] y jurisprudencia han señalado [STC. Exp. N.° 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico n.° 195], es el principal método para determinar la validez de una norma en relación con la Constitución Política del Estado. La norma penal no solamente se compone de elementos normativos y descriptivos, en la misma cohabitan derechos fundamentales [Vid. CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO / HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL O, *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro. Lima: 2014, pp. 28 y 29), de allí que resulte necesario esclarecer si la norma penal (independientemente de si es procesal, sustantiva o de ejecución), es conforme a la Constitución. El análisis de proporcionalidad recae sobre dos ámbitos concretos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer.

Análisis de proporcionalidad de la norma penal

13. El test de proporcionalidad se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El primer test es el de adecuación o idoneidad. En esta parte, se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo test es el de necesidad. En él se determina si existe o no mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin un constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test. El *tercer test* es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza

un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. Si la valoración de los efectos positivos resultare positiva, entonces se considerará a la norma constitucional. Si, por el contrario, el balance fuese negativo, se optará por declarar su inconstitucionalidad. Finalmente, es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no solo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa. Por ejemplo, ello sucedería si el delito de asesinato tuviera una sanción máxima de 2 años de pena privativa de libertad; o, se despenalizara el delito de lesiones. Pese a la necesidad de corrección de esta situación, el juez penal se encuentra impedido de intervenir en un caso de desproporcionalidad por defecto. La razón de esta prohibición reside en la acción que implicaría corregir la norma: una ampliación del ámbito de la conducta típica o un incremento de la sanción, que solo puede ser llevado a cabo por el legislador.

Etapas del test de proporcionalidad

Aplicación del principio de proporcionalidad

14. Una vez analizada la validez constitucional de la norma penal, también es necesario analizar si la misma es o no conforme a los principios del Derecho Penal. Cabe resaltar que los principios mencionados, por lo general, son concreciones de principios ya recogidos en la Constitución Política del Estado. La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o, por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

Interpretación de la norma penal bajo principios constitucionales

15.°. El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.

Principio de lesividad

§ 3. La agravante del inciso 3 del párrafo segundo del artículo 367

16. El texto original del artículo 367 del Código Penal vigente no consideraba la condición policial de la autoridad que era afectada por actos de violencia o intimidación, como una circunstancia agravante específica. Tampoco el Código Penal de 1924 reguló en su articulado una disposición similar. Sin embargo, el Código Maúrtua en el artículo 321, que reprimía los actos de intimidación, consideraba como

agravante específica que *"el delincuente pusiere manos en la autoridad"*. En estos casos el estándar de punibilidad era no menor de seis meses de prisión lo cual daba al órgano jurisdiccional un amplio espacio de punición que permitía una mejor adaptación de la pena concreta a la mayor o menor gravedad de la agresión cometida. Al promulgarse el Código Penal de 1991 el artículo 366 conservó la misma descripción típica de la intimidación pero omitió reproducir aquella ideográfica agravante.

Antecedentes de la agravante por la condición policial de la autoridad

17. La inclusión, pues, del agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después, a través de la Ley 30054, y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante específica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte. La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse encuentran tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368 (*"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención"*) o en faltas como las contempladas en los incisos 3 (*"El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia"*) y 5 (*"El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interrogue por razón de su cargo"*) del artículo 452. Cabe señalar también que los insultos o actos de menosprecios verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (Artículo 130) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros. Al respecto es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley 27975 del 29 de mayo del 2003 el delito de desacato que reprimía este tipo de afrentas en el derogado artículo 374 del modo siguiente: *"El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. La justificación dada para tal decisión político criminal, fue la necesidad "democrática" de eliminar toda clase de privilegios legales

Origen político-criminal de la agravante por condición policial de la autoridad

Problemática entorno a la ¿agravante de efectivo policial? Con los arts. 368 y 452 CP

Insultos o actos de menosprecio verbales o de obra no constituyen delito contra la Administración pública

o de sobre tutela penal para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425 del Código Penal.

18. Ahora bien, es también importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como del agravante que para tales casos contempla el artículo 367 del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros, contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcionarial o policial del sujeto pasivo:

Aplicación subsidiaria del art. 367 CP

- Homicidio Calificado por la condición funcionarial del sujeto pasivo (artículo 108-A).
- Sicariato (Artículo 108-C, inciso 5).
- Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121, párrafos 5 y 6).
- Lesiones leves Dolosas (Artículo 122, Incisos 3, literal a y 4).
- Injuria (Artículo 130).
- Secuestro (Artículo 152 inciso 3)

19. Por tanto, es relevante, precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el ius imperium del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que ella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.

Naturaleza del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial

20. Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, del delito de violencia

y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122, inciso 3,literal a). Es decir, *en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad,* si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta solo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121 y 122 del Código Penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia del agravante específico que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, y, si solo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad.

Límites de la punición de los delitos de resistencia a la autoridad

§ 4.Sobre la Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Pena

21. Como ya se ha señalado, el objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la imposición de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, y estar destinados a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o el contexto donde están se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y solo pueden realizar el tipo penal del artículo 366 o ser una falta. Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas. Sobre todo porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones,

Idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública

la pena que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367.

22. Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidas contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos del consumo de alcohol; o cuando aquel solo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reacciona en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial. En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponerla siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21 del Código Penal. Asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos.

Atenuación y determinación de la pena: Causales de disminución de la punibilidad

23. Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesado expresa confesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley.

Reglas de reducción por bonificación procesal

§ 5. Opciones de *lege ferenda*

24. Al margen de los criterios de interpretación vinculante que han sido planteados, los magistrados de la Salas Penales Supremas estiman conveniente recomendar al presidente del Poder Judicial, utilizar los conductos necesarios para alcanzar al Congreso de la República la siguiente propuesta de *lege ferenda*, a fin de que se incluya una **circunstancia atenuante específica** en el artículo 367 del Código Penal, con la siguiente redacción y efectos punitivos:

Recomendación de Lege Ferenda

> *"La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de libertad o con prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad".*

III. DECISIÓN

25. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

26. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 16 al 23 del presente Acuerdo Plenario.

27. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

28. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ HINOSTROZA PARIACHI/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES

II.
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 496-2006-AREQUIPA
EL ALCANCE DEL TIPO LEGAL DE OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2007/ESV-22**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hugo Sivina Hurtado
Tema	El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y relaciones con el Ministerio Público.
Doctrina legal	f. j. n.° 5
Concordancia	Código Penal: art. 377
SUMILLA: 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, elaborar el Atestado Policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 496-2006
AREQUIPA

Lima, diecisiete de julio del dos mil seis.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el acusado Leónidas Agapito Cahuína Zapana y por la Procuradora Pública Anticorrupción de Arequipa contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo Penal.

---

1 Recurso de nulidad N.° 496-2006 constituye precedente vinculante (quinto fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2007/ESV-22.

CONSIDERANDO

Primero: Que el encausado Cahuína Zapana en su recurso formalizado de fojas quinientos setenta y uno alega que la Sala Superior tuvo en cuenta las declaraciones de Maruja Tapia Pacompia, Roxana Margarita Paz Cóngora, Juan Carlos Carpió Tutti, Cristian Cayra Tapia y Evidio Mamani Condori, las que se llevaron a cabo en un proceso en el que no es parte, por lo que se habría recortado su derecho de defensa; agrega que tampoco se culminó la declaración del testigo Carlos Ciro León Félix, pero a pesar de ello el Colegiado Superior tomó en cuenta su manifestación prestada en sede policial, por lo tanto, al no haberse desistido el Ministerio Público de la citada testimonial dicha prueba queda pendiente de actuación o debe ser prescindida; añade que no se cumplió con recabar el expediente que dio origen a la presente investigación para determinar si se adjuntó el Acta de reconocimiento y Manifestación policial, y que en el considerando noveno el Colegiado tiene como cierto que nunca existió el Acta de reconocimiento, por lo que no puede concluir que se cometió el delito de ocultamiento de prueba, lo que comprueba que no se valoró las pruebas en su conjunto; por último, precisa que existe reiterada jurisprudencia respecto a que la simple sindicación de una parte no es motivo para sancionar penalmente a una persona, y que en el tipo penal que se le imputa el sujeto activo debe haber asumido formal y materialmente las funciones omitidas o retardadas, siendo que en presente caso el recurrente es un servidor subordinado a otra autoridad, quien es el representante del Ministerio Público, el fiscal provincial del Módulo Básico de Paucarpata, por lo que solicita ser absuelto de los cargos en su contra; que la procurada anticorrupción al formalizar su recurso a fojas quinientos ochenta y dos refiere que el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que la acusada Maruja Tapia Pacompia aceptó en su manifestación policial que entregó la suma de quinientos nuevos soles a su coencausado Leónidas Cahuína Zapana y que está probado que este se encontraba laborando el día del evento delictivo, es decir, el diecinueve de febrero del dos mil uno, en consecuencia, solicita se declare nula el extremo que absuelve al acusado Cahuína Zapana por delito de cohecho propio.

Segundo: Que a pesar que a la procuradora pública se le notificó en su domicilio procesal en el Distrito Judicial de Arequipa el dictamen acusatorio y el auto de enjuiciamiento que señala el día y hora para la instalación de la audiencia —véase fojas trescientos setenta y dos y trescientos noventa y cuatro—, pero no asistió a las diligencias del juicio oral; que la sentencia se dictó el veintiuno de diciembre del dos mil cinco —en acto público— y con fecha veintinueve de diciembre de

dos mil cinco se remitió copia de la referida sentencia absolutoria a la Procuraduría Pública, la cual con fecha treinta de diciembre presenta su recurso de nulidad; que, en estos casos, los plazos procesales empiezan a correr desde el día siguiente de la fecha de la resolución, por lo que el concesorio de este medio impugnatorio carece de ineficacia procesal.

Tercero: Que las pruebas actuadas permiten acreditar la culpabilidad, que el citado encausado Cahuína Zapana en su instructiva de fojas ciento noventa y siete acepta que en su condición de efectivo policial intervino a Carpió Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori cuando estos tenían en su poder los objetos despojados a Roxana Margarita Paz Cóngora, e incluso elaboró el Atestado Policial; que si bien citado acusado expresa que nunca se llevó a cabo el reconocimiento de los detenidos por parte de la denunciante Paz Cóngora —y por lo tanto no existió la citada Acta de reconocimiento—, este argumento se desvirtúa, en primer lugar, con la declaración de la agraviada Paz Cóngora —véase a fojas once vuelta copia certificada de la preventiva de la antes citada en el proceso número dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL y la copia certificada de fojas treinta y siete llevada a cabo en Juicio Oral—, quien se ratifica en su denuncia policial y además señala que se llevó a cabo un reconocimiento de sus agresores, y, en segundo lugar, con la copia certifica del acta de entrega de bienes de fojas nueve, que acredita que la agraviada Paz Cóngora se acercó a la Comisaría el día veinte de febrero de dos mil uno, día en que se llevó a cabo el reconocimiento.

Cuarto: Que a lo mencionado se suma que se encuentra acreditado que Carpió Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori fueron detenidos el diecinueve de febrero de dos mil uno, conforme se verifica con la copia certifica de Registros de Detenidos de fojas noventa y dos, pero al momento de ingresar el Atestado Policial respectivo no puso a disposición ningún detenido, tal como precisa José Luis Tasaico Muñoz, juez mixto del Distrito de "Mariano Melgar", en el Juicio Oral de fojas quinientos doce.

Quinto: Que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpió 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 solo 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; que, 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 de tres 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 en dicho considerando "que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento", ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial elaborado por el recurrente.

Alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales u obligaciones de la PNP y relaciones con el Ministerio Público

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco, que condena a Leónidas Agapito Cahuina Zapana como autor del delito contra la Administración pública en las modalidades de abuso de autoridad y ocultamiento de medio probatorio, en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida por el plazo de dos años, con cuarenta y cinco días multa y la pena accesoria de Inhabilitación de tres años, y fija en dos mil soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado.

II. Declararon **NULO** el concesorio de fojas quinientos ochenta y seis, del doce de enero de dos mil seis, que concede el recurso de nulidad a la señora procuradora pública anticorrupción; e **INADMISBLE** el recurso impugnatorio formalizado a fojas quinientos ochenta y dos; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDEZ ROCA/ LECAROS CORNEJO/ CALDERÓN CASTILLO

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2005/CJ-116
DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO (ART. 387 DEL CP)

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2005/CJ-116**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Robinson Gonzales Campos
Tema	Definición y estructura típica del delito de peculado
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-8
Concordancia	Código Penal: art. 387

SUMILLA:

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 [...] 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 imputable al funcionario o servidor público*[...]En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componentes típicos.

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2005/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial: Art. 116 TUO LOPJ
Asunto: Definición y estructura típica del delito de peculado (art. 387 del CP)

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I.ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301- A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para efectos —sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas— y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal-Delitos contra la Administración pública.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la Complejidad y amplitud del Tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzales Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

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 afines asistenciales o a programas de apoyo social* [...]" (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad

Peculado doloso, culposo y sus circunstancias agravantes

Disponibilidad jurídica y competencia funcional específica

Buen jurídico: delito pluriofensivo

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:

Comportamiento típico del peculado doloso

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 imputable al funcionario o servidor público*. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente*.

Diferencias entre peculado doloso y el peculado culposo

9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

Comportamiento típicos del peculado culposo

a) *La sustracción:* Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) *La culpa del funcionario o servidor público:* Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *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 término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.*

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad, **ACORDÓ:**

11.ESTABLECER como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6,7 y 8 del Presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dicho párrafos constituyen precedentes vinculantes.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR este acuerdo Plenario en el diario oficial El *Peruano.*

Hágase saber.

S. S.

SIVINA HURTADO/ GONZALES CAMPOS/ SAN MARTIN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZELADA/ MOLINA ORDOÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRINCIPE TRUJILLO,

3.

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2015/CIJ-116

LA PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA MODALIDAD DE INFLUENCIAS SIMULADAS

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2015/CIJ-116**
Fecha	2-10-2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Javier Villa Stein y Josué Pariona Pastrana
Tema	La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-11 y 13-17
Concordancia	Código Penal: arts. 24, 25 y 400

SUMILLA:

11. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ.
Asunto: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

Lima, dos de octubre del dos mil quince

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, en la sesión de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces

supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor Javier Iván Quispe Aquise.

4. La *tercera etapa* del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional que integran.

5. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores Villa Stein y Pariona Pastrana.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias

6. Nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente prevé el delito de tráfico de influencias. En efecto, el artículo 400 CP respecto de tal ilícito establece lo siguiente:

> Artículo 400 CP[1]:
>
> *El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha*

1 Según la última modificación mediante Ley N.° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013

> *de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*
>
> Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Este precepto ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito ya como un supuesto de complicidad primaria, ya como un supuesto de instigación; no obstante adolecen de una explicación clara respecto de sus fundamentos, y, por ello, aquí se pretende determinar cuál es el título de imputación que corresponde a aquel.

7. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [Villa Stein, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 499].

Principio de accesoriedad de la participación

En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [Jakobs, Günther: *"Intervención delictiva"*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales n.° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; Robles Planas, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons Editores, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 215 ss.]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito

rol del partícipe

de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8. El primer párrafo del artículo 25 CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

> *"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".*

De igual forma, el artículo 24 del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

> *"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".*

Inconveniencia de una interpretación literal

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 573 ss.]

Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en

la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero del 2014 (R. N. N.° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

El solicitante de la influencia no puede ser considerado cómplice

10. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24 CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [Jakobs, Günther: *Derecho penal. Parte general.* Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22].

Definición de instigación

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Tercero interesado como instigador

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

Instigación y no complicidad

Principio de accesoriedad y punibilidad de la instigación

En consecuencia, el "comprador solicitante de influencias", o "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

Nacimiento de la resolución criminal

Razonamiento de la resolución criminal

11. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias

Comprador solicitante de influencias solo puede ser considerado instigador

del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

§ 2. Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

12. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima 2009, pp. 556 ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: "El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!", en *Ius et Veritas* (33), 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

Debate sobre la legitimidad

13. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: *"La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"*. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [CARO JOHN, José Antonio: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

Principio de lesividad

14. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público.

Bien jurídico protegido en tráfico de influencias reales

El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la

administración pública [MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, en Rojas Vargas, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva solo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

Bien jurídico en el tráfico de influencias simulado

La modalidad cumple con el principio de lesividad

15. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando estas sean simuladas resulte inconstitucional" [Exp. 00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo del 2012, F.J. 36]. La Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción señala en su artículo 18 que "Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: **a)** la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; **b)** la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Constitucionalidad del tráfico de influencias simuladas

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

Convención contra la corrupción y tráfico de influencias simuladas

16. No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400 del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [Doval País, Antonio: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en *Cuadernos de Derecho Judicial* (36), 1994, p. 46; Sánchez García De Paz, María Isabel: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte general, 3.ª ed., Valencia 2011, p. 197].

Tráfico de influencias simuladas lesiona el prestigio y buen nombre de la Administración pública

17. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

III. DECISIÓN

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación unánime respecto del primer problema (la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias), y también con una votación unánime en lo concerniente al segundo problema (la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

19. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 11 y del 13 al 17.

20. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de

la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de[l]Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del Estatuto orgánico.

21. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ **VILLA STEIN**/ PRADO SALDARRIAGA/ **RODRÍGUEZ TINEO**/ **PARIONA PASTRANA**/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

4.

RECURSO DE NULIDAD N.° 1091-2004-LIMA
LA DEFINICIÓN DE LOS ALCANCES DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2005/ESV-22**
Fecha	22.03.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Javier Villa Stein, Raúl Valdez Roca, Héctor Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga.
Tema	La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo —en concreto, de la acción típica— del delito de corrupción de funcionarios-cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393 del Código Penal.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 4
Concordancia	Código Penal: art. 393

SUMILLA:

4. [...] la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 1091-2004
LIMA

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo Penal; interviniendo como vocal ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe.

1 Recurso de nulidad N.° 1091-2004 constituye precedentes vinculante (cuarto fundamento jurídico) en el Acuerdo Plenario N.° 1-2005/Esv-22.

CONSIDERANDO

Primero: Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que este era su "contacto", lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona solo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F-cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los "conseguía" , pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el panneux fotográfico incorporado al presente proceso ramo medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones.

Segundo: Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dio la casualidad que este, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su co-procesado Castillo Aguilar.

Tercero: Que, por su parte este último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia solo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su co-encausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos.

Cuarto: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor

público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario.

Quinto: Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes "Águila Tours" para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del Servicio de Inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el *modus operandi* utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices.

Sexto: Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentiún mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciseis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el restaurant "El Mesón", por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley.

Séptimo: Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos

Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones:

DECISIÓN

Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que condena a Julio Alberto Peña García, como autor del delito contra la administración pública —cohecho propio— en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil soles la suma que por concepto de reparación vil deberá abonar a favor del Estado; e INTEGRANDO la propia sentencia: **FIJARON** en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a Paul Alfonso Castillo Aguilar y **Héctor Villanueva Granda,** como cómplices primarios del delito contra la administración pública —cohecho propio— en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad , suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN/ VALDEZ ROCA/ PONCE DE MIER/ QUINTANILLA QUISPE/ PRADO SALDARRIAGA

SECCIÓN OCTAVA
Normas especiales

I.
DELITOS TRIBUTARIOS

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2009/CJ-116
REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Elvia Barrios Alvarado
Tema	Regularizacion tributaria
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-13
Concordancia	Código Tributario: art. 189 Ley Penal Tributaria: arts. 7 y 8

SUMILLA:

12. [E]l 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 periodo en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas. [...]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 189 CT
Asunto: Regularización Tributaria

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los secretarios, relatores y secretarios de confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre los efectos penales de la regularización tributaria, prevista en el artículo 189 del Código Tributario —en adelante, CT—. En ellas se advierten, por lo menos, dos líneas jurisprudenciales contradictorias en orden a los alcances de la regularización tributaria que es del caso unificar.

De un lado, la exigencia que se pague la totalidad de la deuda tributarias o en su caso la devolución del íntegro del saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario

obtenido indebidamente (Ejecutorias supremas número RQ-765-2005/Lima, del 3 de mayo del 2007, y RQ- 132-2009/Tacna, del 13 de julio del 2009) o que el fraccionamiento del pago de deudas tributarios en ningún caso alcanza conductas de contenido penal (Ejecutoria suprema número RQ-160-2007/ Lima, del 29 de mayo del 2007). De otro lado, las solicitudes de acogimiento a leyes de sinceramiento de deudas tributarias, aceptadas por la SUNAT, con el fraccionamiento de la deuda tributaria, importa una regularización tributaria, que desestima la aplicación del Derecho penal (Ejecutorias supremas número RN-495-2007/Lima, del 29 de octubre del 2008, y RN-401-2008/Junín, del 16 de junio del 2009).

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a la señora Barrios Alvarado, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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*".

Delito tributario: improcedencia de la acción penal

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, recibido 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 sí mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar*".

Delito tributario: trámite de la investigación

§ 2. 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, p. 613].

Objeto de protección

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 público.

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, p. 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.

Delitos tributarios: características

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, pp. 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena —tanto en la retribución como en la prevención— [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal.Parte general,* Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 80].

Finalidad de la política tributaria

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.

Exclusión de la punibilidad

10. La regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento *"a fortiori"* [Morales Prats, Fermí,n *Comentarios a la Parte especial del derecho penal,* segunda edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 791-792], abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la LPT (artículos 1y 5), en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios —entendidos ampliamente, en cuya se virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria [Robles Moreno, Carmen del Pilar y otros, *Código Tributario, Doctrina y Comentarios,* Pacífico Editores, Lima, 2005, p. 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, solo 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 [Boix Reig, J. y otros, *Derecho penal. Parte especial,* Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 592].

Regularización tributaria: alcances

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.

Regularización tributaria: requisitos

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.

Regularización voluntaria

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 solo 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.

Pago total de la deuda o devolución íntegra del beneficio tributario

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.

Oportunidad de regularización tributaria

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 [SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE, *Regularización Tributaria,* Actualidad Jurídica número 115, Lima, Junio 2003, Lima, p. 20].

Requerimiento de regularización

§ 3. Fraccionamiento tributario, leyes especiales y exención de pena

13. Con carácter general, el artículo 36 CT estatuye que: *"Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo. En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite,* [...], *siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquélla establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar y con los siguientes requisitos:* [...]. *El incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó el aplazamiento y/o fraccionamiento, conforme a lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar automáticamente a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago".*

Aplazamiento y/o fraccionamiento tributario

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.

Aplazamiento y/o fraccionamiento: límites

Por lo demás, la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, ya analizada, referida a la regularización tributaria y esta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total

Regularización tributaria: finalidad

cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no solo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

Exclusión de la 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.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de catorce jueces supremos por el presente texto y uno en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 13.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ ZEVALLOS SOTO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR GONZALES CAMPOS

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El artículo 189 del C.T. modificado por la Ley número 27038 prescribe en su segundo, tercero y cuarto párrafo, lo siguiente: "... *que 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 esta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas. 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.*

"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".

Delito tributario: improcedencia de la acción penal

De este texto normativo se puede apreciar, por tanto, la configuración de una causal expresa de excusa absolutoria, la cual impide que un hecho típico, antijurídico y culpable pueda ser perseguido penalmente, excluyendo a su vez la punibilidad del acto.

2. En el sentido anterior y a fin de complementar la interpretación de este artículo es necesario delimitar el contenido y alcance de lo que se entiende por regularización, para lo cual es de precisar como punto de partida que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la hacienda pública en cuanto no se vea afectada en el proceso de recaudación de tributos y en las formas que establece la ley (MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Derecho penal español. Parte especial.* Tomo I, editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 613). Ahora bien, para poder precisar que se entiende por regularización debemos aproximarnos al contenido de este concepto con la ayuda de dos elementos conceptuales: voluntad de regularizar la deuda y pago de la deuda tributaria.

Elementos de la regularización tributaria

3. En cuanto al primer elemento: voluntad de regularizar la deuda, el artículo 189 CT señala como oportunidad para que se efectúe dicha regularización de las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley penal

tributaria, hasta antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de esta, el órgano Administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas.

Voluntad de regularizar la deuda

Sin embargo atendiendo al bien jurídico protegido, e interpretando sistemáticamente la norma tributaria en mención conjuntamente con la Ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias-RESIT Ley número 27681, así como con la Ley Especial de Fraccionamiento Tributario Ley número 27344 se tiene el resultado siguiente:

La Ley de Fraccionamiento prescribe en su artículo 3.3 que: *no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario o aduanero ni las empresas o entidades a quienes dichas personas representen, siempre que aquellas estén directamente vinculadas con la comisión del delito, ya sea que el proceso se encuentre en trámite o exista sobre dichas personas sentencia firme condenatoria por delito.*

Funcionamiento

Mientras que la Ley número 27681-RESIT señala en su artículo 3.2 lo siguiente: *También podrán acogerse a este Sistema los deudores tributarios que gocen o hayan gozado de algún beneficio de regularización, aplazamiento y/o fraccionamiento de deudas tributarias, por la deuda acogida a los referidos beneficios. Del mismo modo, podrán acogerse a este sistema los deudores tributarios que voluntariamente reconozcan tener obligaciones pendientes, detectadas o no, con las instituciones, las que podrán entregar el estado de adeudos correspondientes a los deudores tributarios, el mismo que tendrá carácter meramente informativo a efectos de los fines que persigue la presente Ley.*

Esta última norma estatuye, además, en su artículo 3.4 que: *No podrán acogerse al Sistema por ninguna de las deudas a que se refiere el artículo 2°, las personas naturales con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada vigente por delito tributario o aduanero, ni tampoco las empresas ni las entidades cuyos representantes, por haber actuado en calidad de tales, tengan sentencia condenatoria vigente por delito tributario o aduanero.*

¿Quiénes pueden acogerse?

De su propio tenor se advierte que estas leyes surgen como supuestos de excepción a la norma contenida en el artículo 189 CT porque regulan la situación de aquel deudor que habiendo sido detectado por la administración tributaria decide con voluntad de pago cumplir con su obligación; es decir, se trata de un supuesto distinto al establecido en la anterior norma. Además, como es obvio, la aplicación del fraccionamiento al que se ha hecho mención en la Ley número 27344 es procedente incluso hasta antes de la apertura de instrucción, con lo cual se pone un límite distinto que repercute en el contenido de la

Oportunidad del funcionamiento

excusa absolutoria, pues todos estos supuestos también se encuentran enmarcados dentro del concepto regularización, el cual, como ya se apuntó, exige como uno de sus elementos la voluntad de regularizar una deuda por parte del deudor.

4. En lo referente al segundo elemento: el pago de la deuda tributaria, del contenido del artículo 189 CT se tiene que: "...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*".

Pago de la deuda tributaria

Sin embargo, este supuesto límite positivo de que toda regularización debe entenderse como un solo pago total, es de interpretarse sistemáticamente a la luz del artículo 122.1 del Código Civil del cual se evidencia que la extinción de las obligaciones no necesariamente se da con el pago total de la prestación sino con el compromiso de pago. Al respecto Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, en su *Tratado de las Obligaciones,* primera parte. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 234, enseñan, atendiendo al principio de integridad del pago, que: *"...ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación".* Los mencionados autores añaden que: *"El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida*"; lo que en nuestro caso viene a ser el pago de la deuda tributaria, más aún si las mismas Resoluciones que emite la SUNAT reconocen la existencia de una deuda por parte del administrado, para ser más precisos en los procedimientos que señalan tanto la Ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias-RESIT, Ley número 27681, como la Ley Especial de Fraccionamiento Tributario, Ley número 27344, se otorga la posibilidad que su ámbito de aplicación alcance a personas que cometieron hechos delictivos y que tras una manifestación de pago a través de un procedimiento administrativo especial puedan librarse de la persecución penal y del carácter punible de su accionar.

Regularización tributaria: pago total

Ahora bien, este pago fraccionado al que se accedería no afectaría para nada al bien jurídico protegido, pues éste ya fue lesionado, y el hecho delictivo ya acaeció (así como también es lesionado cuando se aplica el artículo 189 CT de manera aislada a pesar que la regularización que se

propugna implique un solo pago de la deuda, y como también acaeció el hecho delictivo incluso en el caso que el propio deudor ponga en conocimiento de la SUNAT acerca de su falta de aportaciones al Fisco), ni tampoco va contra los fines de la política de regularización tributaria, pues lo que importa a esta política es que el pago se realice (García Cavero, Percy, *Derecho Penal económico.Parte especial.* Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 693-698), y no necesariamente que este sea único.

Sesión al bien jurídico

Por tanto, la única razón para que la excusa absolutoria cobre contenido es que se conciba a esta como un premio al deudor por haber asumido el compromiso de pago, es decir por asumir su obligación.

Acogimiento del pago fraccionado

5. Por último, es necesario mencionar además que asumir esta postura respecto a la Ley número 27344 no implica que se infrinja el principio de legalidad aplicando indebidamente la Ley número 27344, que en su artículo 2 define su ámbito de aplicación y no establece que la materia penal esté comprendida dentro de sus alcances, pues del contenido de la misma norma se desprende que no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario, por lo que al no estar prohibida la hipótesis que se asume, es de considerar que está permitida.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; mi voto es porque la regularización tributaria realizada en los marcos de la legislación de la materia, según se advierte de las consideraciones precedentes, excluye la aplicación del Derecho Penal y de las consecuencias jurídicas que entraña.

S.
GONZALES CAMPOS

II.
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2010/CJ-116
EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	El delito de lavado de activos
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-38
Concordancia	Código Penal: art. 16 Ley N.° 27765: art. 1 y 2

SUMILLA:
[N]o es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata ni cuando se cometió este ni mucho menos quienes intervinieron en su ejecución [...]. Además, 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, no obstante, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizado 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. El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permite en atención, a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: El delito de lavado de activos

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores jueces supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos. La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro la participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

3. En cuanto al tema en debate: "el delito de lavado de activos", informaron oralmente los juristas María del Carmen García Cantizano —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, Miguel Antonio Fallo Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo— y Eloy Zeballos Solano —en representación del Colegio de Abogados de Lima—.

4. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores jueces supremos ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores jueces supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores jueces supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6. La deliberación y votación del tema el delito de lavado de activos se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos

Definición

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 del 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.

Delito no convencional

Identificación del bien jurídico

Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país. Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (artículos 301 a 304) en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre

La actividad económica como bien jurídico

"Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En ese contexto, GÓMEZ 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 CARPIÓ DELGADO, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquel 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 este 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 CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el Nuevo Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p.81].

Sobre el bien jurídico

8. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el orden económico social (artículos 323 a 325 del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO; "... *es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica*" [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1997, p.94].

Sobre el bien jurídico en Colombia

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 LANGÓN 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 solo 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 solo 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 LANGÓN CUÑARRO, *Código Penal.* Tomo II. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 272].

Salud pública y actividad económica como bien jurídico

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 solo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros". Efectivamente, como destacan algunos autores: *"El orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En estos, 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*

dificultad de considerar al sistema económico o financiero como bien jurídico

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 CARPIÓ DELGADO, *El Delito de blanqueo de bienes en el Nuevo Código Penal*, Ob. Cit., pp. 79-80].

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 producía 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. WILFRIED 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].

La administración de justicia como bien jurídico

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 ramo un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZÓGLUS, *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 FABIÁN 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 CAPARROS. El delito de blanqueo de capitales. Editorial Colex, 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.

Dificultad de considerar la administración de justicia como bien jurídico

11. Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultanea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que "*No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que este 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 2002, p, 12]. Por su parte, FABIÁN 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 CAPARROS, El delito de blanqueo de capitales, Ob. Cit., p. 238].

Lavado de activos como delito pluriofensivo

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 modas operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los vitales de inversión y reserva*

que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas" [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú*. IDEMSA. Lima, 1994, pp. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte nacionalista, 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].

Tesis de la pluriofensividad en la doctrina nacional

13. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 93 y 94].

Pluralidad de bienes jurídicos: Aceptada por el Pleno

14. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su *modus operandi*, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o participes, del delito que generó 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 adecúa 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").

Autoría en el delito de lavado de activos

Agotamiento no excluye confirmación de lavado de activos

§ 2. 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 resultad. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente,

Delito de resultado

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, esta 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 Langón 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., pp. 66-67].

Consumación y tentativa

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,

Delitos instantáneos

Delitos permanentes

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.

Transporte, introducción extracción de activos

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia práctica para resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor Luis Bramont Arias: "*Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo... la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completó la consumación, momento...tras el cual toda cooperación solo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento*" [Cfr. Luis A. Bramont Arias, *Derecho Penal*, tercera ed. Imprenta Vilok, Lima, 1978, pp. 290-291].

Prescripción y participación post consumativa

§ 3. 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 en la condición de productos o ganancias del delito.

El lavado de activos es un delito doloso

18. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió este, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

Sobre el conocimiento del delito previo

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, pp.510-511]. Como afirma GÁLVEZ 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 resumir, que como acabamos de indicar, solo 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., pp. 60-61]. 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*

Atipicidad del lavado de activos culposo

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 eligió. Sobre el particular sostuvo FABIÁN CAPARROS: *"No nos parece desacertada a 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 CAPARROS, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 343-344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

El lavado de activos como delito de intención: Ley N.° 27765

22. El Decreto legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente tos 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., pp. 510-511].

Lavado de activos no requiere elemento de tendencia interna transcendental: D. Leg. N.° 986

23. En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que solo 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*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los a contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, 2S el que corresponde a los denominados negocios standard. 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.).

Atipicidad

El problema se plantea, pues, en tomo 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 standard). 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].

Conductas neutrales o acciones cotidianas

24. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios standard 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 RODRÍGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se límite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa

penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: "*La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales*" [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 122].

Atipicidad o justificación de la conductas neutras

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 GÁLVEZ 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 nene 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 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 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].

Conducta del abogado

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 standard 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 standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS i VALLÉS: "El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard 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: solo 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].

Atipicidad de las conductas neutras

27. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194 del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por

ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del cubrimiento, 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 GÓMEZ INIESTA: "*En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento*" [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA, El *delito de blanqueo de Chitales en Derecho español*, ob. cit., p. 58].

No se exige un ánimo de lucro en el lavado de activo

§ 4. 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*

Valor económico carece de relevancia para la tipicidad

soles (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 desvalor de la conducta y proporcionalidad de pena

§ 5. 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 del 2007—.

El delito fuente

31. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que a 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.

Tipicidad objetiva

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 solo 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 este —el dolo— ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Tipicidad subjetiva

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.

Investigación, proceso judicial o condena

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.

Delito fuente como elemento objetivo del tipo legal

33. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaría —no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa—. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaría 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 del 2005 (Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre del 2006).

Prueba indiciaria en el lavad de activos

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

Estructura de la prueba indiciaria

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—.

perspectiva material

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.

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 aun 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 indiciaría 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 indiciaría, 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.

Aplicaciones de prueba indiciaria

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.

Incremento inusual del patrimonio

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.

Manejo de ingentes cantidades de dinero

C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

Insuficiencia de negocios lícitos

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—.

Ausencia de explicación razonable

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.

Vínculos y actividades delictivas

35. El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que

permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo —lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución—; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves —las previstas en el artículo 6 de la Ley— o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "... *inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*" (artículo 6, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaría, 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.

Determinación de la procedencia delictiva de los activos

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. Estos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior.

Juicio de inferencia

§ 6. El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera

36. La Ley número 28306, del 28 de julio del 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio del 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,

Unidad de inteligencia financiera

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.

Funciones de la unidad de inteligencia financiera

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.

Reporte de operaciones sospechosas

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.

Sistema de prevención de lavado de activos

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 aquellos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF-Perú, esta 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 alguna.

Informe de inteligencia

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 del 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 solo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución par constar en ellos.

Naturaleza del informe de inteligencia

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.

Acceso al informe de inteligencia

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.

III. DECISIÓN

39. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

40. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 38.

41. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116°del citado estatuto orgánico.

42. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano.* Hágase saber

BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 7-2011/CJ-116
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

Acuerdo Plenario	N.° 7-2011/CJ-116
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y José Neyra Flores
Tema	Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-21
Concordancia	Código Penal: arts. 311, 314 y 315 incs. 1 y 2

SUMILLA:

14. [...] [T]odo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible —y legalmente necesario— aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

[...]

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 solo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312 NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311 y 314 NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 7-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus

respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la doctora Sonia Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores Prado Saldarriaga y Neyra Flores, con la intervención del señor San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes

6. El 16 de noviembre del 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.

§ 2. 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.

Lavado de activos: definición

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 [Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

Modalidades de lavado de activos

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 solo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación —conversión— que se ejecutan con

¿Cuándo tiene lugar el delito de lavado de activos?

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.

Supuestos de configuración

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.

Otros supuestos de configuración

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.

Conductas de intercalación e integración

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.

§ 3. Agotamiento del delito y lavado de activos.

Agotamiento del hecho punible en el iter criminis

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 aquel se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada [Jiménez De Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, 2.a ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.].

Agotamiento del hecho: definición

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.

El agotamiento en la dogmática moderna

14. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

Punición del agotamiento del delito

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En

tal virtud, es posible —y legalmente necesario— aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

Lavado d activos: autonomía

§4. 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.

Medios coercitivos reales: definición

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 [Neyra Flores, José Antonio, 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.

Medios coercitivos: *finalidad*

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 [...]".

Principio de variabilidad y proporcionalidad

17. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación: [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.

Medidas reales penales

Medidas reales civiles

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.

Las medidas de coerción real en el CPP

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.

¿Medidas innovativas de no innovación?

Si bien el NCPP solo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312 NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311 y 314 NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682 y 687 CPC).

Presupuestos

19. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

Fumus delicti comissi

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, 2.a ed., Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]. Ha de existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303.3 NCPP, aun cuando se refiera solo 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, aun 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 [Gimeno Sendra, Vicente, Ibidem, p. 592].

Periculum in mora

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 [Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús y otros, Derecho Procesal Penal, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Comprobación del daño causado

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".

Configuración objetiva del periculum

20. Es de destacar, en el procedimiento de coerción real, por lo menos dos situaciones precisas:

Procedimiento de coerción real

A. La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales —en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68, apartado 1, literales i) y k), NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302, 310, 316 NCPP). Asimismo, tales medidas pueden solicitarse, siempre por

Coerción penal: oportunidad de solicitud

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).

Coerción penal: procedimiento y decisión

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 del 2002, incorporado a la Ley N.° 27379, del 20 de diciembre de 2000, mediante Decreto Legislativo N.° 988, del 22 de julio de 2007, son: a) Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; b) Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; c) Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N.° 29212, del 16 de abril del 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.

Coerción real: ámbitos de aplicación

III. DECISIÓN

22. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

23. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 21.

24. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

25. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

III.
DELITO DE TERRORISMO

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1450-2005-LIMA
LOS ALCANCES TÍPICOS DEL DELITO DE COLABORACIÓN TERRORISTA[1]

Acuerdo Plenario	N.° 1-2006/ESV-22
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Los alcances típicos del delito de colaboración terrorista, estatuido en el art. 4 D. Ley N.° 25475.
Doctrina legalw	f. j. nº 6
Concordancia	Código Penal: Art. 4

SUMILLA:

6. [E]l tipo penal previsto...castiga supuestos de colaboración genéricas que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista 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 sin dicha ayuda externa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1450-2005
LIMA

1 Recurso de nulidad N.° 1450-2005/Lima constituye precedente vinculante (sexto fundamento jurídico) en virtud alAcuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22.

Lima, treinta y uno de agosto del dos mil cinco.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR y por el PROCURADOR PÚBLICO contra la sentencia absolutoria de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete de febrero del dos mi cinco; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que en la sentencia recurrida de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete del dos mil cinco, la Sala Penal Nacional: **a)** declaró **improcedente** las tachas contra diversas diligencias preliminares y la excepción de cosa juzgada; **b) absolvió** a Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez, Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moneada y Javier Erico Suárez Moneada de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colaboración terrorista —inciso "b" del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco— en agravio del Estado; y, **c)** *reservó* el juzgamiento a los ausentes Víctor Liberato Palacios Mendoza y Jerónimo Guevara Medina.

Segundo: Que el señor fiscal superior en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos setenta y siete cuestiona el extremo absolutorio de la indicada sentencia dictada a favor de seis acusados; que respecto a la acusada Lescano Ancieta, esposa del líder senderista Cox Beuzeville, sostiene que no se ha valorado que tiene dos condenas por delito de asociación terrorista, que ocultó su identidad, que utilizó testaferros para alquilar viviendas en las que residía con su marido —intensamente buscado por la autoridad—, que utilizó personas para matricular a su hijo en un colegio particular con un nombre falso, y que realizó pagos por considerables montos, sin justificar sus ingresos económicos; que, en cuanto a Diana Ivonne Suárez Moneada, acota que es autora del manuscrito "Heroísmo revolucionario" —situación que se ha determinado pericialmente—, que la testigo Beatriz Guadalupe Vivanco señaló que ella llenó la ficha de inscripción del hijo de Cox y Lescano después de haber pagado la matrícula, y que su domicilio fue objeto de vigilancia por la Policía a raíz de lo cual fue intervenido; que, en lo atinente a Amaro Sánchez Juárez, señala que, en sede preliminar y sumarial, reconoció que colaboró con Sendero Luminoso, en escuelas populares y elaboración de volantes, y en el plenario admitió que apoyó a dicha organización en tres oportunidades aunque bajo amenazas; que, en lo concerniente a Rafael Fortunato Ovalle Vargas, apunta que reconoció haber sido captado por Sendero Luminoso, que realizó trabajos en el mimeografo de la empresa donde laboraba, que guardaba paquetes que le entregaban tres individuos de Sendero Luminoso, a cuyo efecto enterró un cilindro cubierto con madera y plásticos, situación que concuerda con el dicho de un arrepentido de clave A uno A cero cero cero cero cinta y cuatro y, también, con lo declarado por Amaro Sánchez Juárez; que, en relación a Víctor Campos

Bullón, afirma que es integrante del grupo de apoyo partidario, en su domicilio se realizaban varias reuniones de coordinación y brindó alojamiento a Cox Beuzeville con quien estuvo recluido en la cárcel; que, en lo atinente al acusado Javier Erico Suárez Moneada —a quien se le encontró un volante de propaganda de Sendero Luminoso cuando se intervino su vivienda—, alega que está probado que mintió cuando afirmó no conocer a Cox Beuzeville, con quien estuvo preso, tanto más si este último, declaró lo contrario.

Tercero: Que el procurador público en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos ochenta y cinco, estima que la Sala Superior no compulsó adecuadamente las pruebas y elementos de cargo que sustentan la responsabilidad de los imputados; que acerca de Lescano Ancieta agrega que fue ella quien asumió el cargo de responsable del Comité Metropolitano de Sendero Luminoso luego de la captura de Guzmán Reynoso, que sus ingresos económicos no tienen justificación, que fue condenada por delito de terrorismo y que la síndica el arrepentido de clave A uno A cero cero cero cero sesenta y cuatro; que de igual manera, el acusado Amaro Sánchez Juárez admitió sus vinculaciones con Sendero Luminoso, que no ha sido víctima de maltrato y en su domicilio se encontró documentación de Sendero Luminoso, y que lo relacionan con elementos terroristas Rafael Ovalle Vargas y el arrepentido antes citado; que estima que Rafael Ovalle Vargas refirió su participación en los hechos, no presenta lesiones y Amaro Sánchez también lo vinculó en los mismos; que entiende que los hermanos Suárez Moneada —a tenor de la prueba documental apartada— prestaron colaboración a Cox Beuzeville para mantenerlo en la clandestinidad.

Cuarto: Que en la acusación fiscal de fojas veinte y tres mil trescientos diez, desde una perspectiva general, se imputa a los seis acusados absueltos —y a oíros dos ausentes— la realización de diversos actos de colaboración a favor de integrantes de Sendero Luminoso a efectos de que perpetren acciones a favor de dicha organización, y acto seguido detalla los cargos conforme a lo que se expondrá a continuación; que la acusada Lescano Ancieta se cambió de identidad, alquiló dos predios con nombre falso —lo que se prueba con la prueba documental incautada—, en el que residía en la clandestinidad con su esposo, el líder senderista Cox Beuzeville, a quien se capturó luego de un seguimiento por las Fuerzas del Orden; que el imputado Sánchez Juárez reconoció su vinculación con miembros de Sendero Luminoso, apoyó con ropa, dinero y actos de proselitismo a favor de la referida organización, que además vinculó a Sendero Luminoso a Ovalle Vargas y otros, así como que en su domicilio se encontró un folleto de Sendero Luminoso, lo que se corrobora con las declaraciones de Ovalle Vargas y Ostos Cochachi; que el encausado Ovalle Vargas reconoció haber realizado actos de apoyo a Sendero Luminoso reproduciendo volantes en un mimeógrafo, que en su casa guardaba cosas que le entregan a tres terroristas, las que ocultaba en un hueco que se hizo al efecto —en el silo incluso se halló accesorios para limpieza de armamentos—,

versión a la que se agrega las exposiciones de Sánchez Juárez y del arrepentido de clave número A uno A cero cero cero cero sesenta y cuatro; que la acusada Suárez Moneada, al intervenirse su domicilio, se incautó una hoja de papel escrito a mano con el título "Heroísmo revolucionario" que proviene de su puño gráfico; asimismo, fue quien matriculó al hijo de Cox Beuzeville y pagó su matrícula, a cuyo efecto le cambió de nombre; que Erico Suárez Moneada, hermano de la acusada anteriormente citada, ocultaba en su habitación documentación de Sendero Luminoso, el mismo que estuvo en prisión conjuntamente con Cox Beuzeville; que el acusado Campos Bullón es sindicado por Amaro Sánchez Juárez como el que lo captó para colaborar con Sendero Luminoso y que su nombre de masa era "Juan".

Quinto: Que la sentencia recurrida de fojas tres mil doscientos veintiocho no solo no incorpora íntegramente los cargos expuestos en la acusación fiscal de fojas veinte y tres mil trescientos diez —existen omisiones referentes, en concreto, a los cargos por colaboración económica y logística a Sendero Luminoso, lo que es notorio en el caso del acusado Sánchez Juárez, quien incluso habría aportado dinero a la organización— [véase el primer extremo del fundamento jurídico segundo], sino que en los fundamentos jurídicos tercero a octavo inclusive realiza una inadecuada e insuficiente valoración probatoria —aislando el aporte de cada uno de los imputados— y de interpretación del tipo penal objeto de acusación, por lo que es de rigor aceptar la pretensión impugnatoria de la Fiscalía y de la Procuraduría; que respecto a la acusada Lescano Ancieta se omitió valorar no solo que utilizó documentos falsos, sino que prestó cobertura a su esposo como líder de Sendero Luminoso para que se mantenga en la clandestinidad —incluso registra un movimiento bancario que no ha justificado— y que como consecuencia de sus acciones, plenamente concertadas con él —además con obvio conocimiento de su condición de tal, más aún si también ha sido condenada por delito de terrorismo—, le prestó asistencia para el sostenimiento y favorecimiento de su actividad terrorista, situación que supera actos típicos de encubrimiento impunes —como equivocadamente ha sido calificada por el Tribunal de instancia— y que más bien se subsume en una conducta deliberada de colaboración terrorista; que la propia sentencia en el caso del acusado Sánchez Juárez reconoce que apoyó a Sendero Luminoso con dinero, así como intervino en la impresión de volantes de propaganda de esa organización, incluso se encontró en su poder un folleto de Sendero Luminoso con dinero, así como intervino en la impresión de volantes de propaganda de esa organización, incluso se encontró en su poder un folleto de Sendero Luminoso proporcionado por uno de sus militantes; que, en cuanto al acusado Ovalle Vargas, la prueba de cargo actuada acreditada que apoyó en la impresión de volantes de

Sendero Luminoso y, a instancia de asociados a dicha organización, guardó bienes de aquellos —el acta de registro de domicilio de fojas novecientos trece establece

que se encontró accesorios de limpieza de armamento—; que el acusado Javier Erico Suárez Moneada está vinculado a Cox Beuzeville, con quien estuvo preso por delito de terrorismo, y al que se le encontró un volante de Sendero Luminoso, así como que su hermana Diana Ivonne Suárez Moneada —cuyo análisis de vinculación al objetivo común no puede realizarse aisladamente— fue quien matriculó al hijo de Cox Beuzeville, pago su matrícula y en su poder se encontró el poema "Heroísmo revolucionario".

Sexto: 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 que,—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 solo 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

Elaboración genérica al terrorismo

Tipo subjetivo

Tipo objetivo

del Código de procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, confiere al juzgador.

Séptimo: Que, en consecuencia, es de aplicación el artículo trescientos uno *in fine* del Código de Procedimientos Penales, en tanto que el Tribunal sentenciador no efectuó una debida apreciación de los hechos materia de acusación, ni se valoró adecuadamente la prueba actuada en el proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete de febrero del dos mil cinco, en cuanto absuelve a Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez, Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moneada y Javier Érico Suárez Moneada de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colaboración terrorista —inciso "b" del artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco— en agravio del Estado; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiéndose tener presente lo expuesto en el sexto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria, así como adicionalmente se cite al debate oral a los testigos de clave A uno A cero cero cero cero sesenta y cuatro y A uno A cero cero cero cero cuarenta y seis; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ

TERCERA PARTE
DERECHO PROCESAL PENAL

SECCIÓN PRIMERA
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I
La jurisdicción y competencia

I.
CUESTIONES DE COMPETENCIA

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 2448-2005-LIMA
LA NOCIÓN DEL JUEZ LEGAL, LA COMPETENCIA TERRITORIAL Y LA EXCEPCIÓN DE DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2006/ESV-22**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Jorge Lecaros Cornejo
Tema	La noción del juez legal, la competencia territorial y la excepción de declinatoria de jurisdicción
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 6-7
Concordancia	Código Penal: art. 346 Constitución Política: art. 139.3

SUMILLA:

7. Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción –o, mejor dicho, de competencia, es la definición del órgano judicial en concreto que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 2448-2005
LIMA

Lima, doce de septiembre del dos mil cinco.

VISTOS: Oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el **PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR,** contra el auto de fojas seis mil doscientos seis,

1 Recurso de nulidad N.° 2448-2005/Lima constituye precedente vinculante (sexto y séptimo fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22.

de fecha trece de junio del dos mil cinco, que declara fundada la excepción de declinatoria de competencia deducida a fojas cinco mil cuatrocientos noventa y uno por el encausado Antauro Igor Húmala Tasso y otros, y por los demás imputados en esta causa conforme aparece de autos; con lo expuesto por la señora fiscal suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que el procurador público en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos veintiséis alega que el principio del juez natural es la regla general para los procesos normales pero éste es uno de carácter excepcional, por lo que debe aplicarse la institución de "transferencia de competencia", que el Colegiado Superior desestimó por no haber sido solicitada; que, al respecto, sostiene que los artículos treinta y nueve a cuarenta y uno del nuevo Código Procesal Penal (vigente desde el tres de abril del dos mil cinco) que regula dicha institución procesal no son limitativos ya que al establecer que "[...] *el fiscal como las partes procesales pueden solicitar la transferencia...*", no impide al juez —dada la cuestión de competencia en cualquiera de sus tres figuras planteadas por uno de los sujetos procesales— al resolver acerca de la competencia aplicar las reglas instituidas para el cambio de radicación del proceso, esto es, la transferencia de competencia; agrega que si bien es cierto tales dispositivos entraron en vigencia después de ocurrido los hechos, se debe tener presente que las normas procesales se aplican desde su entrada en vigencia incluso a los procesos en trámite.

Segundo: Que de autos aparece que a raíz de los graves sucesos ocurridos entre el uno y el cuatro de enero del presente año en la Provincia de Andahuaylas, Departamento de Apurímac, con fecha catorce de enero del año en curso se formuló el Atestado Policial número cero cero uno-dos mil cinco-PNP-DIRCOTE-DIVITIR-DEPITAC-S/A contra Antauro Igor Humala Tasso y otras ciento setenta y ocho personas por delito contra la tranquilidad pública - terrorismo en agravio del Estado, integrantes según la Policía de la "Organización Violentista Húmala" o "Movimiento Etnocacerista" o "Movimiento Nacionalista Peruano" —calificada como una asociación ilícita—, quienes —previos actos preparatorios y de movilización de sus asociados, y bajo la conducción de Antauro Igor y Ollanta Moisés Humala Tasso— entre las cuatro horas del uno de enero del dos mil cinco hasta las siete y treinta de la noche del cuatro de enero de este año provocaron una situación de grave alarma social en la ciudad de Andahuaylas, tomaron por asalto la Comisaría Sectorial, victimaron a cuatro efectivos policiales, lesionaron por proyectiles por arma de fuego a siete efectivos policiales, secuestraron a veintitrés integrantes de las

Fuerzas del Orden —entre ellos cuatro miembros del Ejército— y los mantuvieron en calidad de rehenes, se apoderaron del armamento de la Policía Nacional, sustrajeron bienes públicos y privados, y destruyeron e inutilizaron las instalaciones de la Comisaría y cuatro unidades móviles oficiales; que a estos efectos Antauro Húmala Tasso se trasladó de Lima a Andahuaylas en un vehículo particular, y se contrataron dos ómnibus de la empresa "Wari" para trasladar a parte de los demás integrantes desde Nazca a Andahuaylas.

Tercero: Que la señora fiscal de la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial formalizó denuncia a fojas tres mil novecientos cincuentidós por los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión, pero no lo hizo por delito de terrorismo, tampoco promovió acción penal contra Ollanta Moisés Humala Tasso —a cuyo efecto dispuso la ampliación de las investigaciones preliminares—, y excluyó a varios implicados por diversos delitos; que la citada denuncia formalizada precisa, como datos fácticos relevantes, entre otros, **(a)** que el imputado Antauro Humala Tasso habría convocado con fecha treinta y treinta y uno de diciembre del año dos mil cuatro a los denunciados a una conferencia de lineamientos políticos de su movimiento en las instalaciones del local de la Casa del Maestro de la ciudad de Andahuaylas, a cuyo efecto los denunciados viajaron desde varios puntos del país y se hospedaron en distintos hoteles y casas particulares de esa localidad; **(b)** que al promediar las cuatro horas del día uno de enero del presente año Antauro Humala Tasso y los primeros noventa y cinco denunciados se reúnen en el frontis del Hotel Central, ubicado en la segunda cuadra de la Avenida Andahuaylas, y de allí marchan hacia la Comisaría interceptando incluso a una unidad policial; **(c)** que al llegar al frontis de la Comisaría Antauro Humala Tasso y unos veinte individuos, vestidos de militares —ropa de camuflaje— ingresan violentamente al recinto policial, reducen al personal policial —los toman de rehenes—, se apoderan de las armas de fuego y demás pertrechos militares; y, **(d)** acto seguido un grupo de los denunciados se dirigen al Cuartel Militar Los Chancas, pero en el camino se desisten y regresan a la Comisaría, donde hacen barricadas, produciéndose ulteriormente enfrentamientos armados; que, señala la fiscal, al sustentar públicamente que los fines de su acción era obligar la renuncia del presidente de la República y del Gabinete Ministerial, y al alzarse en armas habrían buscado modificar el orden constitucional, por lo que concurrentemente han cometido el delito de rebelión; que esos hechos —tal como han sido descritos por la representante del Ministerio Público— han sido asumidos por el juez penal —del Juzgado de Turno Permanente de Lima— al dictar el auto de apertura

de instrucción de fojas tres mil novecientos noventa y cuatro, del quince de enero último, causa que luego fue derivada al Juez del Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima.

Cuarto: Que conforme es de verse del escrito de fojas cinco mil quinientos veinticuatro, del cuatro de febrero del dos mil cinco, el encausado Antauro Humala Tasso y otros procesados plantearon declinatoria de competencia ante el citado Trigésimo Octavo Juzgado Especializado de Lima, al amparo del artículo veintisiete del Código de Procedimientos Penales a fin de que la causa se remita al juez penal de Andahuaylas, ya que fue en el ámbito territorial del citado juez donde ocurrieron los hechos; invocan asimismo lo prescrito en el numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental y la primacía del principio del juez natural, en tanto que, a su juicio, mantener la causa en Lima atenta contra el debido proceso.

Quinto: Que el Juez del Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima cumplió con el trámite previsto por el artículo veintisiete del Código de Procedimientos Penales, pues afirmó su competencia y elevó al Superior Tribunal el informe de fojas seis mil ciento cuarenta y cuatro; que en dicho informe expone que no se ha vulnerado el principio de juez natural, ya que la causa le fue enviada a su Despacho observando estrictamente las disposiciones existentes en materia de distribución de causas sin soslayar que la Ley Orgánica del Poder Judicial permita la distribución por especialidades al reglamentar la competencia funcional, encontrando asidero legal en la Resolución Administrativa número cero sesenta y ocho-CME-PJ; agrega que si bien es cierto que los hechos sucedieron en Andahuaylas también lo es que las condiciones económicas y de logística son mejores en Lima; que no cabe duda que el presente caso reviste complejidad, tanto por el número de procesados —ciento cincuenta inculpados— cuanto por la gravedad de los hechos acaecidos y su repercusión en la vida nacional; que el Órgano Jurisdiccional deberá contar con las condiciones materiales, logísticas que permitan asegurar las garantías establecidas en el artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna; que similares argumentos han sido esgrimidos por el señor fiscal superior en su dictamen de fojas seis mil ciento sesentitrés y por la señora fiscal suprema, aunque apuntan que dada la especial gravedad y complejidad del proceso corresponde su conocimiento al juez de Lima, tanto más si el Decreto Legislativo novecientos cincuentinueve, al modificar el artículo dieciséis del Código de Procedimientos Penales, prevé que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial puede instituir un sistema específico de competencia penal en casos como los que son materia de decisión; además, se invoca la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente mil setentiséis-dos mil tres- HCATC.

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, aun 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.

Garantía del juez legal

Séptimo: Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción —o, mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley procesal penal— es la definición del órgano judicial en concreto —el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas— que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial —denominadas "fueros" en la doctrina procesalista—, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción; que a estos efectos el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente —en el caso del inciso uno: por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso— y fueros subsidiarios —cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos al cuatro: lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado—; que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, *"forum comissi delicti"* es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás; que, desde el punto de vista material, para determinar el fuero preferente es de aplicación el artículo cinco del Código Penal, que instituye el principio de ubicuidad: *"El lugar de comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos"*; que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva. Fueron preferente y subsidiario, 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

Excepción de declinatoria de jurisdicción

ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico —no el extra típico ni otros efectos— se produzca en un territorio determinado.

Octavo: Que, en el caso de autos, resulta evidente que más allá de los actos preparatorios, según el plan de los autores, y cuya sede territorial no ha sido precisada en el Atestado Policial ni en la denuncia formalizada del Fiscal, la conducta típica tuvo lugar en Andahuaylas y los resultados típicos igualmente se produjeron en ese lugar; que es de puntualizar que se imputan los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión —no está comprendido el delito de asociación ilícita, que podría merecer determinadas consideraciones singulares en orden al ámbito territorial—; que —desde la resolución de imputación judicial, dictada en concordancia en la denuncia formalizada del Ministerio Público— el alzamiento en armas con el propósito trascendente de modificar el régimen constitucional tuvo lugar en Andahuaylas, y las muertes, la efectiva privación de libertad de personas o secuestro y el apoderamiento de armamento, igualmente, tuvo lugar y el resultado se produjo en Andahuaylas; que, por tanto, no existe vínculo de conexión territorial con Lima, consecuentemente, es obvio que desde el fuero preferente el órgano judicial territorialmente competente es el de Andahuaylas, y así debe declararse.

Noveno: Que, como se anotó, las normas sobre competencia son de configuración legal, y éstas deben interpretarse en armonía con las exigencias constitucionales derivadas de la garantía genérica del debido proceso; que, en tanto se discute exclusivamente la determinación del órgano judicial que debe conocer la causa según las reglas de competencia predeterminadas por la Ley, es de tener presente —como se ha hecho— lo que estatuye el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales; que la Procuraduría Pública afirmó la competencia del Juzgado de Lima sobre la base de la complejidad de la causa y que, de oficio, debía aplicarse las reglas sobre transferencia de competencia; que es claro que bajo supuestos excepcionales, constitucionalmente relevantes, es posible un cambio de radicación de un proceso, y con tal finalidad se han instituido las reglas de transferencia de competencia; que, empero, no solo no es posible invocar de oficio esa institución procesal —pues la ley no lo autoriza— sino que en su caso la decisión sobre ese punto específico debe adoptarse con pleno respeto del principio de bilateralidad o del contradictorio y de la igualdad procesal; que, en estricto derecho, en la medida en que la transferencia de competencia no ha sido formalmente invocada por las partes legitimadas —y, por

ende, se ha originado el incidente correspondiente—, y si procesalmente tampoco ha integrado el tema objeto de la presente decisión, circunscrita a resolver —según los fueros ya descritos— a qué órgano judicial le corresponde el conocimiento originario de la instrucción, no es admisible un pronunciamiento sobre el particular.

Décimo: Que esta Suprema Sala es consciente de la complejidad y trascendencia del presente proceso, así como de los efectos de su decisión, sin embargo reitera que el objeto procesal del recurso es establecer el órgano territorialmente competente para conocerlo según las normas ordinarias predeterminadas por la Ley Procesal Penal; no se discute —ni puede hacerse con motivo de la presente excepción— si vistas determinadas consideraciones excepcionales resulta necesaria una transferencia de competencia, decisión que se adoptará en su momento —en el modo y forma de ley— cuando se promueva el incidente respectivo; que no son pertinentes las citas al nuevo texto del artículo dieciséis del Código de Procedimientos Penales, pues su aplicación está condicionada a la configuración de un sistema específico de competencia penal creado por una resolución del órgano de gobierno del Poder Judicial, lo que no se ha producido para casos como el presente; que, finalmente, tampoco es de recibo la invocación de la sentencia del Tribunal Constitucional en tanto que no se pronuncia sobre un caso equivalente al presente y su doctrina en nada afecta los criterios hermenéuticos que han sido expuestos en la presente resolución.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto recurrido de fojas seis mil doscientos seis, de fecha trece de junio de dos mil cinco, que declara **FUNDADA** la excepción de declinatoria de competencia deducida a fojas cinco mil cuatrocientos noventa y uno por el encausado Antauro Igor Humala Tasso y otros, y por los demás imputados en esta causa conforme aparece de autos; y, en consecuencia, dispone que el proceso pase a conocimiento del juez llamado por ley de la provincia de Andahuaylas, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio calificado— en agravio de Carlos Alberto Cahuana Pacheco y otros, violación de la libertad personal —secuestro— en agravio de Miguel Ángel Canga Guzmán y otros, peligro común —sustracción o arrebato de armas de fuego— en agravio de la Sociedad y contra los poderes del Estado y el orden constitucional —rebelión— en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2007/CJ-116
PÉRDIDA DE IMPARCIALIDAD Y PROCESO DE HABEAS CORPUS O DE AMPARO

Acuerdo Plenario	N.° 3-2007/CJ-116
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo
Doctrina legal	ff. jj. n.° 6-8
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 29 y 31

SUMILLA:

11. [En los procesos de hábeas corpus o de amparo, cuando se recuse al magistrado] 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.

[Corresponde] examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como victatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2007/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo.

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de las recusaciones contra jueces a quienes una de las partes ha interpuesto una demanda de habeas corpus o de amparo -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 588-2006/Lambayeque, del catorce de septiembre de dos mil seis.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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.

Recusación: Definición y naturaleza jurídica

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 vinculada 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*—.

Causas de recusación

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.

Necesidad de acreditar la existencia o no de parcialidad

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 árgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31 del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.

En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría *apariencia de imparcialidad.* Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

9. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31 del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90 del Código de Procedimientos Penales —en especial, el último extremo del apartado uno—.

Necesidad de acreditar la causal de recusación invocado

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis a ocho, que la sola presentación de una recusación contra el juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de habeas corpus o amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo Nacional de la Magistratura no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

CAPÍTULO II
El Ministerio Público y los demás sujetos procesales

I.
EL IMPUTADO Y EL ABOGADO DEFENSOR

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2012/CJ-116
AUDIENCIA DE TUTELA E IMPUTACIÓN SUFICIENTE

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2012/CJ-116**
Fecha	26.03.2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Audiencia de tutela e imputación suficiente
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-11
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 71 y 336, inc. 2, lit. b

SUMILLA:

7. 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 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 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.

[...]

9. [S]e entiende que el parágrafo 14 del Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual", a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 NCPP, y que el parágrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Audiencia de tutela e imputación suficiente

Lima, veintiséis de marzo del dos mil doce.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los jueces supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el "Foro Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el tema del presente acuerdo plenario, los señores Giammpol Taboada Pilco (Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena (Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodríguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.

4. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de jueces supremos ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo

Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Los rasgos generales o características esenciales de la acción 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/GM16.

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 formal 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 especifica correspondiente. El fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación.*".

Contenido de la formalización y continuación de la investigación Preparatoria

7. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos —que no de su justificación indiciaría 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 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 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.

Precisión de los hechos investigados

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 del 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.

Carácter difuso del hecho investigado

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).

Control de presupuesto en sede de Investigación Preparatoria

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—. Solo 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—.

Intervención jurisdiccional

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 del 2010)—, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino 'sospecha suficiente' —se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada—, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344. 1, 346. 1, 350.1.a y 352.2 y 4 NCPP).

Tutela jurisdiccional: límites

Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14 del Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual", a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 NCPP, y que el parágrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

Acción de tutela: límites

10. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, 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 72.2, 'a' NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342.1 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.

Derechos instrumentales y derechos sustanciales

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 139.14 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.

Ejercicio del derecho de defensa

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 71°.1 NCPP—.

11. 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.

Tutela penal excepcional

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 del 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.

Función correctora del juez

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Justicia de la República, con la intervención del presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

13. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 11.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

15. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ SALAS ARENAS/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ MORALES PARRAGUEZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2010/CJ-116
AUDIENCIA DE TUTELA

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hugo Príncipe Trujillo
Tema	Audiencia de tutela
Doctrina legal	ff. jj. n.os 10-19
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 71, 337.4 y 71

SUMILLA:

19. 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 solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JU RISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Audiencia de tutela

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.° 165-2010P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la *primera fase* los jueces supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de versas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal— y Frescia Sisi Villavicencio Ríos —en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista-Huaura—, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes

de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

5. El artículo 71 del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada "Audiencia de tutela". Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Capítulo Primero "El imputado", Título II "El imputado y el abogado defensor" del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—.

Audiencia de tutela: norma legal

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*".

Derechos fundamentales

6. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías —de tutela y reforma—.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no solo 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 139.4— [San Martín Castro, César (2003) *Derecho Procesal Penal,* 2.ª ed. Lima: Grijley E.I.R.L., p. 19].

Trascendencia de los derechos fundamentales

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.

Garantías genéricas constitucionales

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:

Garantías procesales genéricas

I. El debido proceso (artículo 139 inciso 3).

II. El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139 inciso 3).

III. El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2 inciso 24.e).

IV. 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 del 2007].

Constitución y derechos fundamentales

§ 2 . 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.

Audiencia de tutela: derechos protegidos

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.

Audiencia de tutela: finalidad esencial

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 del 2004*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.]

Audiencia de tutela: vía reparadora del menoscabo sufrido

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.

Audiencia de tutela: control de legalidad de la función fiscal

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 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.

Audiencia de tutela: carácter residual

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 firmar 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[1].

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.

Audiencia de tutela: control de admisibilidad

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

Control en el accionar del Ministerio Público

1 Rodríguez Hurtado, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema.

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 esta 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 solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona— que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba — regulado en el artículo 159 del acotado Código— que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Audiencia de tutela y exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente

18. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de tutela, es decir, si es posible activar —desde la defensa— una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo 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

Audiencia de tutela y disposición de formalización de la investigación preparatoria

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 solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

Definición de tutela de derechos

III. DECISIÓN

20. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

21. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10 al 19.

22. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

23. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES /BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 7-2006/CJ-116
CUESTIÓN PREVIA E IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

Acuerdo Plenario	**N.° 7-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro y Pedro Urbina Gambini
Tema	Cuestión previa e identificación del imputado
Doctrina legal	***ff. jj. n.° 6-10***
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: art. 77 Ley N.° 27411: art. 3

SUMILLA:

10. [S]i 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 solo mérito al fiscal provincial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 7-2006/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Cuestión previa e identificación del imputado

Lima, trece de octubre del dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió lomar como base de la discusión los problemas que plantea la individualización del imputado, exigida por el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, y la posibilidad que, de oficio, ante su incumplimiento, pueda deducirse de oficio una cuestión previa tomando como referencia la Legislación sobre homonimia —Leyes número 27411 y 28121—.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Urbina Gambini, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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.

La individualización como presupuesto para la apertura de instrucción

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 primera resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

Individualización del imputado: implicaciones e importancia

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].

Mandato de detención e individualización del presunto autor

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.

Individualización y homonimia

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 solo 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.

Identificación debida del requerido e individualización del imputado

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 solo 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.

No inscripción de persona en RENIEC e individualización del imputado

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 solo 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 solo 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.

Falsedad o inexistencia de datos personales como presupuestos de cuestión previa

III. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDÓ

12. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S.S.

SALAS GAMBOA/ SIVINA HURTADO/ GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ/ PEIRANO SÁNCHEZ/ VINATEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GAMBINI

II.
LA VÍCTIMA

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 4-2012/CJ-116
CONCURRENCIA DE PROCURADORES EN UN MISMO PROCESO PENAL, EN REPRESENTACIÓN DE INTERESES PÚBLICOS

Acuerdo Plenario	**N.º 4-2012/CJ-116**
Fecha	24.01.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponente	Jorge Luis Salas Arenas
Tema	Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal, en representación de intereses públicos
Doctrina legal	ff. jj. n.os 10-16
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 100 y 102

SUMILLA:

13. No cabe admitir, en el supuesto relativo a un solo agraviado [...], 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2012

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal, en representación de intereses públicos

Lima, veinticuatro de enero del dos mil trece.

Los jueces y juezas supremos(as) en lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, así como de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.º 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio del dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa está conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa, llevada a cabo entre el trece de agosto al treinta de octubre del dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de Internet del Poder Judicial, con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país, a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo Penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre de dos mil doce, discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que se conocen en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre del dos mil doce, se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre del dos mil doce. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes, en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria, realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes

de las Salas Penales Permanente y Transitoria, donde intervienen todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación, del presente Acuerdo Plenario, se realizó el día en mención. Como resultado del debate, y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. Aspectos generales

Sistema de defensa jurídica del Estado

6. La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos, conforme a Ley (artículo 47 de la Constitución Política del Perú). Un conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, estructurados e integrados funcionalmente, organizan el sistema de defensa jurídica del Estado, bajo los cuales los procuradores públicos ejercen las funciones constitucionalmente encomendadas.

Criterios institucionales de los procuradores

7. Durante su desempeño en las diversas etapas del proceso penal, los procuradores guían su ejercicio bajo los principios de unidad de actuación y conformidad. Los operadores del Sistema de Justicia se conducen conforme con criterios institucionales propios de los objetivos, metas y lineamientos del sistema, además del principio de especialización, que garantiza y preserva el manejo técnico requerido, en protección de los intereses del Estado.

Pertinencia de la intervención de los procuradores

8. La pertinencia de la intervención, en calidad de actores civiles, está determinada en función a la especialidad del ámbito de protección establecido por el tipo penal objeto de proceso, teniendo en cuenta que el Estado es sujeto pasivo en diversos delitos, de cuya tramitación se expecta la reparación civil.

Ejercicio de la acción civil

9. El ejercicio de la acción civil, derivada del hecho punible, corresponde al Ministerio Público y, de modo especial, al perjudicado por el delito; cesando la participación del defensor de la legalidad con la constitución como actor civil del perjudicado. En consecuencia, la titularidad de la acción resarcitoria pretende la indemnización al Estado en general, o a las entidades públicas afectadas en particular.

Concurrencia de diversos procuradores en un proceso penal

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 intraproceso

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.º 1068 y la Directiva N.º 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.

Procuradores públicos: organización

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.º 1068, quien resolverá los problemas de competencia que puedan presentarse entre los procuradores públicos; tanto en su aspecto positivo como negativo, estableciendo el modo y la forma de apersonamiento en el proceso penal. Corresponde también a dicho órgano rector precisar si la defensa del Estado será única o colegiada; la ley ha previsto la intervención del procurador público especializado en tráfico ilícito de drogas, procurador público especializado en delitos de terrorismo, procurador público especializado en delitos de lavado de activos y procesos de pérdida de dominio, procurador público especializado en asuntos de orden público, procurador público especializado en delitos de corrupción, y los que mediante Resolución Suprema se designe, en las causas por delitos de tal connotación.

Consejo de defensa jurídica del Estado

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.

Múltiples procuradores y afectación al principio de igualdad de armas

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.

Ventajas de la designación de un solo procurador

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

Constitución de actor civil en procesos por delitos contra la administración pública

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.

Actor civil: Alcances y facultades

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, así como la Vocalía de Instrucción, de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

18. ESTABLECER, como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10 al 16 del presente Acuerdo Plenario.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal, antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los acuerdos plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

20. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad

ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas, respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

21. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / TELLO GILARDI / PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2011/CJ-116
CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL: REQUISITOS, OPORTUNIDAD Y FORMA

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro y José Antonio Neyra Flores
Tema	Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-19
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 11, 12 y 98

SUMILLA:

8. [L]a naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun 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.

[...]

15. [S]i 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.

[...]

17. [D]ebe 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.

[...]

19. [E]l 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Iberico Castañeda del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y el señor Gonzalo Del Río Labarthe.

4. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervinieron como ponentes el señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, y el señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. 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.

Actor civil: configuración jurídica

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 este 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.

El actor civil en el CPP

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.

Sobreseimiento, absolución y acción civil

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 aun 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*, 2.ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

Recusación civil: naturaleza jurídica

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 este, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

Garantía de tutela jurisdiccional

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 solo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

Titularidad de la promoción de la acción penal

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*. 12.ª ed., 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.

Acumulación de la pretensión resarcitoria

§ 2. 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*, 2.ª ed., Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

Actor civil: definición

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 solo 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".*

Constitución del actor civil

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 solo 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".

Acción preparatoria: naturaleza

Este 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 este apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

Actuación del actor 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:

Constitución en actor civil: requisitos

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.

   d) La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98.

15. Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado —que ejerce su derecho de acción civil— precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede

Necesidad de especificar el quantum indemnizatorio

penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

§ 3. Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución

16. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101 del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares —que integra la investigación preparatoria—, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

Oportunidad para constituirse como actor civil

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.

Constitución en actor civil: trámite jurisdiccional

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 solo si se producen determinados presupuestos.

Audiencia de constitución en actor civil

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 esta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Audiencia de constitución y garantías procesales

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia solo 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 esta tiene como presupuestos no solo 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.

Nulidad de audiencia de constitución

III. DECISION

20. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

21. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 19.

22. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

23. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

SECCIÓN SEGUNDA
LA ACTIVIDAD PROCESAL

CAPÍTULO I
Preceptos Generales

I.
LA NULIDAD

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2007/CJ-116
LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* Y MODIFICACIÓN DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS SIEMPRE QUE NO SE MODIFIQUE LA PENA (ARTÍCULO 300 DEL CPP)

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Luis Lecaros Cornejo
Tema	La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 del CPP)
Doctrina legal	ff. jj. n.os 8-12
Concordancia	Código Penal: art. 37 Código de Procedimientos Penales: art. 300

SUMILLA:

9. [...] 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2007/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 del CPP)

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la non reformado in peius y la modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena —artículo 300 del Código de Procedimientos Penales—, en especial las recaídas en los recursos de nulidad N.° 945-2007, y N.° 1307-2007, del 4 y 6 de septiembre del 2007.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, establece el ámbito del recurso de nulidad y señala que:

> "1) Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta (*reformatio in peius*) y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.
>
> 2) Las penas o las medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable.
>
> 3) Si el recurso de nulidad es interpuesto por el Ministerio Público, la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándose o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.
>
> 4) [...].
>
> 5) [...].
>
> 6) Los criterios establecidos en los numerales precedentes serán de aplicación a los recursos de apelación interpuestos en el proceso sumario previsto en el Decreto Legislativo N.° 124 y en todos los demás procedimientos establecidos por la ley".

Recurso de nulidad y *reformatio in peius*

7. La prohibición de "reforma peyorativa", significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor [*Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, dos mil, p. 454]. La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes —en especial por la parte recurrente— quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y

contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no sólo el derecho de defensa —se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal—, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquél —de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal—. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

Definición de prohibición de "reforma peyorativa"

8. Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto solo 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.

Alternativas de actuación de la Sala revisora frente a un recurso impugnatorio

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.

Variación del grado de consumación, grado de participación y calificación de la pena

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.

Variación de la pena de inhabilitación

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.

Supuestos que hacen posible un cambio en la calificación jurídica

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.

Imposibilidad de integración de oficio del fallo

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial —principio dispositivo— en aquellos ámbitos expresamente cuestionados —principio *tantum devolutum quantum apellatum*—, que como tal limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

Naturaleza jurídica del recurso

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 solo 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

Non reformatio in peius y condenado apelante

la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

12. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178-A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés], El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible sino necesario.

Reforma peyorativa e imposición de medida de tratamiento terapéutico

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el sentenciado, según el caso: variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aún cuando la ley penal la establezca.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

CAPÍTULO II
La prueba

I.
PRECEPTOS GENERALES

I.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1912-2005-PIURA
LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRUEBA INDICIARIA, NECESARIOS PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE INOCENCIA[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2006/ESV-22**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hugo Sivina Hurtado
Tema	Los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia.
Doctrina legal	f. j. n.° 4
Concordancia	Código Penal: arts. 108 y 279

SUMILLA:

4. [...] **(a)** Este —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—, y **(d)** y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1912-2005
PIURA

Lima, seis de septiembre del dos mil cinco.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el acusado Agustín Eleodoro Romero Paucar contra la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha

1 Recurso de nulidad N.° 1912-2005/Piura constituye precedente vinculante (cuarto fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2006/Esv-22

doce de abril del dos mil cinco; de conformidad en parte con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal; por sus fundamentos pertinentes.

CONSIDERANDO

Primero: Que el acusado Romero Paucar en su recurso formalizado a fojas quinientos sesenta y uno indica que no existe la certeza de su responsabilidad penal en los presentes hechos, ya que los testigos de Dadla Vigil Romero, Rómulo Izquierdo Rivera, Rosario Vigil Romero, Darbi Valdivieso Vigil, Juan Castro Aguilera, Eberth Reyes Tuse, Rule Pesantes Yangua, y Carmen Amelia Yangua Landacay coinciden en afirmar que el recurrente se encontraba en el lugar distinto de los hechos que ocasionaron la muerte de Segundo Humberto Mantilla Bautista; agrega además que no se tomó en cuenta que la pericia de absorción atómica no arroja positivo para los tres elementos indispensables para determinar que una persona efectuó algún disparo.

Segundo: Que el cargo contra el acusado Romero Paucar por el delito homicidio calificado solo se basa en la testimonial de Pedro Carvajal Nonajulca de fojas trescientos sesenta y tres, quien expresa que viajó juntamente con el occiso agraviado hasta Ayabaca, que este le manifestó que en el ómnibus venía una persona a quien había intervenido por posesión de drogas pero no le preciso de quien se trataba que las declaraciones de Pedro Loayza Flores, Santos Romero Vega, Datíla Vigil Romero e Hipólito Saavedra de Cocha solo hace referencia a situaciones anteriores o posteriores sin hacer referencia a la participación del encausado en el hecho sobre el cual se le acusa.

Tercero: Que, al respecto, cabe indicar, en *primer lugar,* que el acusado sostiene que desconocía que el agraviado llevaba la investigación en su contra (lo que no es motivo suficiente para acreditar la comisión del hecho delictivo); que, en *segundo lugar,* que él no acreditar con exactitud dónde se encontraba al momento de los hechos tampoco permite establecer la responsabilidad penal que se le imputa; que, en *tercer lugar,* el arma que se le encontró es un revólver "Ruger" calibre treinta y ocho especial —ver pericia balística forense de fojas cuatrocientos setenta y cuatro—, mientras que las balas que causaron el deceso del agraviado corresponde a un proyectil para cartucho de pistola calibre nueve milímetros- Parabellum, de plomo encamisado con un peso de ocho punto dos gramos, por lo que no existe similitud entre los proyectiles y el arma en cuestión; que, *en cuarto lugar,* la pericia de absorción atómica de fojas cuatrocientos ocho que se le practicó al acusado arroja solo la presencia de plomo, más no de antimonio y bario.

Cuarto: Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [*Asuntos Pahm Hoang contra Francia,* sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y *Telfner contra Austria,* sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este —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—, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo 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.

Características

Requisitos materiales

Reglas de la lógica y máximas de experiencia

Quinto: Que, en el presente caso, no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar por el delito de homicidio calificado, ya que del análisis de las pruebas aportadas en el proceso solo se tiene la mera sospecha de que el acusado pudo haber sido el autor del homicidio; que a partir de esas referencias, débiles en sí mismas, estimar que atentó contra la vida de una persona —indicio de móvil delictivo—, sin mayores datos periféricos adicionales —y debidamente enlazados— en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo, a una actitud sospechosa o conducta posterior, y a una mala justificación —que no han sido acreditadas—, son evidentemente insuficientes para concluir que el acusado mató al agraviado.

Insuficiencia probatoria

Sexto: Que, en tal virtud, ante la insuficiencia probatoria, es de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, y al amparo del artículo trescientos, primer párrafo, del Código acotado corresponde dictar sentencia absolutoria por delito de homicidio.

Séptimo: Que, con respecto al delito de tenencia ilegal de armas, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar, puesto que se halló en su poder dos armas sin contar con licencia respectiva, conforme se aprecia del acta de registro domiciliario de fojas doscientos treinta.

Octavo: Que dada la forma y circunstancias en que se cometió el delito, y al absolvérsele del delito de homicidio, la pena debe disminuirse prudencialmente ya que la misma resulta excesiva para el delito de tenencia ilegal de armas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha doce de abril de dos mil cinco, que condena a Agustín Eleodoro Romero Paucar como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del estado, y fija en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado.

II. Declararon **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia que condena a Agustín Eleodoro Romero Paucar por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, y en cuanto le impone doce años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene al respecto; reformándola: **ABSOLVIERON** a Agustín Eleodoro Romero Paucar de

la acusación formulada en su contra por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista; en consecuencia **MANDARON** archivar provisionalmente el proceso, y de conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley veinte número mil quinientos setenta y nueve; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de este delito; y le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad por el delito de tenencia ilegal de armas, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo vencerá el veinte de abril deL dos mil diez.

III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 1-2011/CJ-116
APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, Elvia Barrios Alvarado y Inés Villa Bonilla
Temas	Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 21-38
Concordancia	Código Penal: arts. 171, 172 y 173

SUMILLA:

21. 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.

[...]

23. Se ha establecido anteriormente —*con carácter de precedente vinculante*— que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante.

[...]

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.

[...]

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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 1-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (viceministra del Ministerio de la Mujer y

Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4. La *tercera etapa* del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. Planteamiento de la problemática propuesta

Foro de "Participación ciudadana"

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.

Pruebas de delitos sexuales: criterios de apreciación

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: **1.** 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; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando estas 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.

§ 2. 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[1].

Rechazo de prejuicios y estereotipos

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

1 La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: *"[L]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales".*

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 Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (párr. 502).

"Perspectivas de género" en los delitos sexuales

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].

Implicación de la perspectiva de género

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 solo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y, c) la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado —la más grave y la más difícil de solucionar— [FUENTES SORIANO, Olga, *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].

Ámbitos que abarca la violencia de género

§ 3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

Violación sexual: regulación legal

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.

Libertad e indemnidad sexual

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—.

Consumación de la violación sexual

13. La conducta básica sanciona a aquel 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 solo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente"* [DONNA, Edgardo Alberto, *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.

Violación sexual: modalidades

14. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171 del 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 del 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*" [CARO CORIA, Dino Carlos, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Delito de violación sexual: bien jurídico protegido

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto del 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul AKEYASU de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre del 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

Finalidad de la represión

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.

Protección de la indemnidad sexual

§ 4. 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.

C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D. Evitación de una victimización secundaria.

§ 5. 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, solo 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*" [SALINAS SICCHA, Ramiro, *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano*, 2.ª 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.

Violación sexual: fallo de exigencia de 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*" [SALINAS SICCHA, Ramiro, *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*" [CARO CORIA, Dino Carlos, *Ibidem*, p. 101].

Amenaza

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*".

Circunstancias contextuales concretas

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"*.

Factores invalidantes de una expresión de voluntad

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.

Correcta determinación del objeto procesal

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.

Violación sexual: acto sexual indeseado

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.

Valor de incoación de la víctima

§ 6. 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 estos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria vinculante emitida en el R. N. N.° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse

en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). —véase Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116—.

23. Se ha establecido anteriormente —*con carácter de precedente vinculante*— que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

Valoración de declaraciones carentes de uniformidad

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— [Fernández López, Mercedes, *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].

Retracción y juicio de credibilidad

A los efectos del requisito de **(v)** uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre esta por la familia

Flexibilización en la uniformidad y firmeza del testimonio

y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

25. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza —vecino—, o haber tenido una relación de autoridad —padrastro, profesor, instructor, etcétera—; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

Delitos sexuales y esfera privada

26. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea —en los términos expuestos— que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —*venganza u odio*— y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

Valoración de la retracción de la víctima

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*".

Abuso sexual y comportamiento anterior o posterior de la víctima

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:

Reglas que permiten inferir el no consentimiento

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 esta 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.

§ 7. La prueba en el derecho penal sexual

Apreciación de la prueba: garantías constitucionales

28. El juez es soberano en la apreciación de la prueba. Esta, 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 estas 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).

Principios aplicables en la selección y admisión de la prueba

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.

Determinación de los medios de pruebas según su pertinencia

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.

Pertinencia de la prueba y discusión judicial

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 genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Valoración de la prueba y principio de idoneidad

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.

Pertinencia de la pericia médico legal

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. Este 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.

Principio de pertinencia y derecho a la intimidad

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 solo 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 este trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

Defensa procesal y principio de contradicción

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 del 2005].

Test de proporcionalidad

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.

Protección dela vida íntima de la víctima

§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria[2]

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.

Victimización secundaria y revictimización

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.

Reglas para evitar la victimización secundaria

2 La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

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, dado 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 esta 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.

Examen de la víctima en juicio

III. DECISIÓN

39. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

40. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21 al 38.

41. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

42. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO / SANTA MARÍA MORILLO

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2005/CJ-116
REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO

Acuerdo Plenario	N.° 2-2005/CJ-116
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro y José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.
Doctrina legal	ff. jj. n.° 9-11
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: art. 283

SUMILLA:

9. [C]ircunstancias que han de valorarse:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio [...].

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado [...].

c) [D]ebe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso [...] la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial [...] el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos [...]:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva [...].

b) Verosimilitud [...].

c) Persistencia en la incriminación [...].

11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde [...].

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N. ° 2-2005/CJ-L 16

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos —sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas— con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente

Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los Señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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, esta 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.

Valoración de la prueba penal

Límites a la valoración de la prueba

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 incriminación del imputado—, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados —en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible—, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

Canon de suficiencia de la prueba de cargo

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, aún 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.

Valoración de la declaración de un coimputado

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.

Valoración de las circunstancias

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarías 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.

Garantías de certeza de declaración de cargo de agraviado

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de 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.

Análisis riguroso y necesario

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDÓ

13. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados —testigos víctimas— las que se describen en los párrafos 9 y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11, constituyen precedentes vinculantes.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

15. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SIVINA HURTADO/ GONZÁLES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZELADA/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

II.
LOS MEDIOS DE PRUEBA

1.
RECURSO DE NULIDAD N° 948-2005-JUNÍN
LA PRECISIÓN QUE LA CONFESIÓN SINCERA DEL IMPUTADO NO CONSTITUYE UN FACTOR PARA FIJAR LA CUANTÍA DE LA REPARACIÓN CIVIL[1]

Acuerdo Plenario	N.° 1-2005/ESV-22
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Hugo Sivina Hurtado, César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, José Luis Lecaros Cornejo y Hugo Molina Ordóñez
Tema	La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Esta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.
Doctrina legal	f. j. n.° 3
Concordancia	Código Penal: art. 45-A y 46 (Antes de la modificación de la Ley N.° 30076) Código Procesal Penal: art. 471 Código de Procedimientos Penales: art. 163

SUMILLA:

[...] La confesión no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil —que no es una pena—, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil *ex delito* es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 948-2005
JUNÍN

Lima, siete de junio del dos mil cinco.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanca: de conformidad con la señora fiscal suprema en lo Penal.

---

1 Recurso de nulidad N.° 948-2005 constituye precedente vinculante (tercer fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2005/Esv-22.

CONSIDERANDO

Primero: Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: **i)** que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; **ii)** que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos.

Segundo: Que se imputa al encausado Arge Chanca que en su calidad de director del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca" se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras.

Tercero: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil —que no es una pena—, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan que de autos se advierte que el encausado Arge Chanca se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley.

La confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil

Cuarto: Que, por otro lado, al acusado Arge Chanco se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil

cuatro, que condena a Juan Román Marcelino Arge Chanco por delito contra la administración pública —peculado— en agravio del Estado y del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca", a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año; reformándola: **IMPUSIERON** la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTIN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDOÑEZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2007/CJ-116
VALOR PROBATORIO DE LA PERICIA NO RATIFICADA

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Valor probatorio de la pericia no ratificada
Doctrina legal	ff. jj. n.os 8-9
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 158, 259

SUMILLA:

11. [...] La ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acerbo probatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2007/CJ-L 16

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Valor probatorio de la pericia no ratificada

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorías que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió lomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de pericias no ratificadas —entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 3927-2005/ San Martín, del veintiséis de abril de dos mil seis—.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. 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.

Regulación del examen pericial

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.

Concurrencia de peritos al acto oral

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.

Elementos de la prueba pericial

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 solo 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

Obligatoriedad de la prueba pericial y principios procesales

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.

La no actuación de la pericia

9. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Solo 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—, y (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.

Actuación de las partes frente a la prueba pericial

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 estos —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.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho y nueve, que la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial

no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acerbo probatorio. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

3.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2015/CIJ-116
VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2015/CIJ-116**
Fecha	2.10.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, David Enrique Loli Bonilla y José Antonio Neyra Flores
Tema	Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 15-36
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 173, 176, 178 y 352

SUMILLA:

15. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos. (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si esta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica.

17. [...]

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente.

[...]

28. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ.
Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.

Lima, dos de octubre del dos mil quince.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, en las sesiones de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así como se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos.

Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Renzo Riega Cayetano.

4. *La tercera etapa*, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

5. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda a las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro, Neyra Flores y Loli Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La prueba pericial

6. En el proceso penal, frente a problemas acerca de la determinación de la causa de la muerte, el tipo de sangre, el daño psicológico, etc., no es suficiente el conocimiento privado del juez, sino que se requiere que un profesional calificado explique la materia desconocida [Jauchen, Eduardo M: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 375]; el perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria [Roxin, Claus: Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238]. Por ello, a la prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el

descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [CAFERATTA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53]. Ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia —y de las explicaciones del perito en el acto oral— sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239].

Prueba pericial

7. La prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado —que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito—. Además, necesita de un órgano de prueba, el cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia —que es lo que define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito—. Los casos en el proceso de conocimiento técnico-científico que se sitúan fuera de la cultura media que el juez normalmente posee no son nuevos, de allí que el problema de la prueba pericial se presenta en términos bastante diferentes y complejos.

Aspectos de la prueba pericial

8. Más allá de la importancia de este acto procesal, es necesario que la Corte Suprema establezca reglas generales sobre la valoración de la prueba pericial, sin poner el acento exclusivamente en ciertos aspectos, tales como quién designa al que labora el dictamen pericial (oficial o de parte). Es evidente que las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos o técnicos se aplican, en la valoración del dictamen emitido por el perito oficial designado por el Ministerio Público, o por el juez, según el caso, o, por las partes procesales, sin que necesariamente deba prevalecer el primero, aunque goce, en su origen, de mayor objetividad sobre el de parte, en la medida que es escogido por quien puede controlar el resultado. Lo decisivo es la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia y la mayor o menor fundamentación del perito [ABEL LLUCH, Xavier: *Valoración de los medios de prueba en el proceso civil*. Disponible en: http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los medios.pdf.].

Prueba pericial: necesidad de reglas generales de valoración

Asimismo, como afirma Andrés Ibáñez, también el trabajo de profesionales, incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su

imparcialidad subjetiva (caso de los peritos de oficio), está expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva [ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y TARUFFO, Michele: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 89].

Pericia e imparcialidad

Lo expuesto no hace sino destacar las dos notas características del perito: **(i)** imparcialidad —el perito oficial puede ser recusado en caso de parcialidad, a lo que es ajeno el perito de parte— y **(ii)** la fiabilidad —cualidad común a ambos peritos que depende de la apreciación de su dictamen y de las ulteriores explicaciones en el acto oral, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional [conforme: STSE de 5 de marzo del 2010].

Características del perito

§ 2. Etapas de la actividad probatoria pericial

9. La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, donde se practican variados actos de investigación y se adoptan medidas de distinta naturaleza. La pericia, por el tiempo que requiere su elaboración, se practica regularmente en dicha etapa procesal —sus pasos referidos al análisis del objeto peritado y aplicación de la metodología científica o técnica correspondiente, así como a la elaboración del informe o dictamen pericial—. En este procedimiento, el Ministerio Público recolecta los elementos de convicción —materiales de instrucción— que fundamentarán una futura acusación o la propia defensa, y por el plazo con que se cuenta de ciento veinte días más sesenta en el proceso común y de ocho meses, prorrogables a ocho meses más en casos complejos. Excepcionalmente, la pericia puede realizarse después, incluso durante el desarrollo del juicio oral —siempre que lo permita el principio procedimental de concentración— cuando la entidad o característica del delito la justifique, cuando la información para elaborarla recién se haya obtenido, o cuando por su complejidad no se haya podido terminar durante la investigación.

La prueba en el desarrollo del proceso

10. Para la actividad pericial, como establece el artículo 173 del NCPP, el juez o fiscal competente según la etapa del proceso, nombrará un perito —salvo el caso de las instituciones dedicadas, por su objeto, a la labor pericial—. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. Este prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento.

Designación del perito

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega

del informe pericial, escuchando para su determinación al perito y a las partes. El artículo 176 del NCPP establece que el perito tiene acceso al expediente y demás pruebas materiales que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido.

Plazo y asunto pericial

11. El artículo 178 del NCPP determina el contenido del informe pericial oficial: **a)** El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. **b)** La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. **c)** La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. **d)** La motivación o fundamentación del examen técnico. **e)** La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. **f)** Las conclusiones. **g)** La fecha, sello y firma.

Configuración del informe pericial

La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: **a)** La información en cualquier soporte para elaborarla —es la percepción o reconocimiento del objeto peritado: actividad perceptiva—. **b)** El informe escrito —que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico—. Y **c)** La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado.

Momento de la actividad pericial

Como se sabe, en el caso de pericias institucionales, en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes, laboratorios y servicios técnicos de las entidades públicas especializadas, se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, siempre que no haya sido objeto de impugnación expresa, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria, siempre, claro está, que esta no sea meramente retórica o abusiva [conforme: SSTSE de 29 de enero del 2004 y de 2 de noviembre del 2006].

Pericias institucionales

12. Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredita su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con

el artículo 352 del NCPP, solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, solo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante.

Pericia y audiencia de control de acusación

Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral.

13. El juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se "resuelve" o "redefine" de un modo definitivo el conflicto [BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal, Ad-hoc*, Buenos Aires, 1993, p. 233]. Al ser el escenario clave o central del proceso penal, es donde las partes aportan todos los datos para valorar la prueba que presentan y el juez obtenga un resultado probatorio con el que realizará la reconstrucción de los hechos relevantes.

Importancia del juicio oral

14. Es en esta etapa que el informe pericial es oralizado, el perito es examinado y ambos debatidos contradictoriamente. El apartado 5 del artículo 378 del NCPP estatuye que "el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial [...]". Por otra parte, el apartado 1) del artículo 181 del NCPP dispone que "el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión".

Oralización del informe pericial

§ 3. Criterios para la valoración de la prueba pericial

15. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si esta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

Fases de valoración de la prueba pericial

16. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido

Sistema de valoración de prueba

por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

Valoración de la opinión pericial

17. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

Aceptación o rechazo del dictamen

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

Fuerza de convicción del informe pericial

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia [Banacloche Palao, Julio: *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].

La pericia como medio de prueba

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir *a priori* valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

Criterios para la valoración de la prueba pericial

18. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [Miranda Estrampes, Manuel: "Pruebas científicas y estándares de calidad", en *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano*

del 2004, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] —sobre la base de la experiencia judicial norteamericana— ha propuesto los criterios siguientes:

> **A)** La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
>
> **B)** El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
>
> **C)** La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
>
> **D)** La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general "general acceptance" deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [SANDERS, Joseph: "La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos", en *Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. 110].

Control judicial sobre la admisión de la prueba pericial

19. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos

Pericias formales

Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

Pericias fácticas

21. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172 del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N.° 03-2012-CG/GCAL).

Pericias con base no científica

22. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

Criterios de valoración

A) La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.

Pericia como prueba compleja

B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

Precisión en la elaboración del informe

Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.

Condiciones de elaboración

C) Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.

Particularidad de la prueba científica

D) Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

Pericia: análisis judicial profundo

23. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [TARUFFO, Michele: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100].

Examen de la prueba pericial

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: **1)** Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). **2)** Fáctico o perceptual, de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. **3)** Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª.edición, 2005, p. 847].

§ 4. El examen médico legal en delitos sexuales

24. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [Pacheco De La Cruz, José Luis; Pacora Portella, Percy; De La Cruz Chamilco, Nancy y Díaz Cubas, Noelia: *Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: /www.fihu-diagnostico. org.pe/ revista/números/2012/oct-dic/189-197.html].

Medicina legal

25. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes, se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

Proceso de *examinación* en delitos sexuales

26. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fisuras, despulimiento de las mucosas [Grandini Gonzales, Javier: *Medicina forense*, Mc. Graw Hill, México D.F., 2010, p. 101].

Examen proctológico

27. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: **a)** El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. **b)** Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. **c)** Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: ***i)*** familiar, ***ii)*** personal femenino de la PNP, ***iii)*** personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), **d)** si se realiza por un solo perito debe realizar la perennizacion del examen,

Requisitos para realizar la evaluación física en delitos sexuales

previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

§ 5. La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio

28. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: *Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios*, Santiago de Chile, 2008, p. 37].

Pericia psicológica

29. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente [DE GREGORIO BUSTAMENTE, Álvaro: *Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas.* Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.].

Valoración de la prueba pericial psicológica

A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar.

B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.

C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.

D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.

E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

Análisis de credibilidad

A) Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).

B) Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero**, que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo**, que el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración —no tiene un carácter definitivo—, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. **Tercero**, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima —menor de edad, sustancialmente— con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. **Cuarto**, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo del 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

Cuestiones sobre la valoración de la pericia psicología

§ 6. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales

32. El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento —que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado— y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [ECHEBURUA, Enrique; AMOR, Pedro y DE CORRAL, Paz, *"Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos"*, en Psicothema. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].

Violación sexual y lesiones psicológicas

33. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción

emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión [ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: *"La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género"*, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* N.° 21, enero-junio del 2008, p. 19].

Lesión psíquica

34. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [ECHEBURUA, Enrique; AMOR, Pedro; DE CORRAL, Paz, *"Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos"*, en Psicothema. Vol. 14 (2002), p. 140]. Por esta razón, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial [POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Criminalística*, Dirección de Criminalística, Lima, 2006, p. 356].

Importancia de la pericia psicológica

35. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: ***i)*** observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ***ii)*** historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, ***iii)*** examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, ***iv)*** reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

Criterios de valoración

A) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.

Acreditación profesional

B) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.

Grabación de la entrevista

C) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público del 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.

Evaluación de elaboración

D) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.

Relevancia de la teoría empleada

E) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes[1] no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas[2] tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas [ECHEBURUA, Enrique; AMOR, Pedro; DE CORRAL, Paz: *"Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas"*, en *Análisis y modificación de conducta*, vol. 29. n.° 126 (2003), pp. 139 y 140. Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios [DEMUS: JUSTICIA DE GÉNERO. *Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado*, Demus, Lima, 2010, p. 6].

Cuestiones sobre posibles errores

37. Como se ha fundamentado, para la realización de las tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos.

III. DECISIÓN

38. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y

1 Los autoinformes son cuestionarios que consisten en listas de preguntas sobre formas de conducta referencias personales, sentimientos, actitudes, opiniones, etcétera, los erros se presentan por ignorancia sobre lo que se pregunta, falta de motivación para responder, simulación, deseabilidad social(aparentar) distorsiones de la memoria.

2 En estas también hay errores por cuanto no hay baremos estandarizados para hacer entrevistas, el entrevistador puede anotar síntomas inexistentes, no percatarse de indicios no verbales clínicamente significativos, inducir respuestas, etc.

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

39. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15 al 36del presente Acuerdo Plenario.

40. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

41. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

42. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

III.
LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 6-2012/CJ-116
CADENA DE CUSTODIA: EFECTOS JURÍDICOS DE SU RUPTURA

Acuerdo Plenario	**N.º 6-2012/CJ-116**
Fecha	07.08.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín y José Antonio Neyra Flores
Tema	Cadena de custodia: Efectos jurídicos de su ruptura
Doctrina legal	ff. jj. n.ºs 8-14
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 200.5

SUMILLA:

a) El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias [...], no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o su ruptura. No obstante ello, será necesario que la parte [...] que incorpore esos elementos materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba. [...]. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia [...].

b) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización [...], porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno [...].

c) [...] La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2013

ACUERDO PLENARIO N.º 6-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Cadena de custodia: Efectos jurídicos de su ruptura

Lima, veintinueve de enero del dos mil trece.

Los jueces y juezas supremos (as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.° 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio del dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa se conformó por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa, llevada a cabo entre el trece de agosto y el treinta de octubre del dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos, que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de Internet del Poder Judicial, con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre del dos mil doce discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que se conocen en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los nueve temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre del dos mil doce se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre del dos mil doce. En ella, los representantes

de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes, en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, y en donde intervinieron todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación del presente Acuerdo Plenario se realizó el día indicado. Como resultado del debate, y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro y Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6. El artículo 68 del Nuevo Código Procesal Penal reconoce a la Policía Nacional, en su función de investigación del delito —en las diligencias preliminares propiamente dichas—, entre otras, las siguientes atribuciones fijadas en el apartado 1): **1.** La vigilancia y protección del lugar de los hechos, a fin de que no serán borrados los vestigios y huellas del delito (literal "b"). **2.** La recogida y conservación de los objetos e instrumentos relacionados con el delito; así como todo elemento material que pueda servir a la investigación (literal "d"). **3.** El aseguramiento de los documentos privados, libros, comprobantes y documentos contables administrativos útiles para la investigación (literal "i").

Policía Nacional e investigación del delito: Atribuciones

De todas las diligencias que realice la Policía, debe sentar actas detalladas que entregará al Fiscal (apartado 2).

7. Como medida instrumental restrictiva de derechos, el nuevo Estatuto Procesal prevé la "incautación de bienes" (artículo 218 del NCPP). Esta medida incide sobre bienes que constituyen el cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados (apartado 1).

Conforme con el artículo 220, apartado 2, del NCPP, referido a la incautación de bienes: **1.** Los bienes objeto de incautación se registrarán

con exactitud y debidamente individualizados; a la par que corresponde establecer los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original. **2.** Se identificará al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado, diligencia de ejecución que, a su vez, será materia de un acta firmada por los participantes en ese acto. **3.** El Fiscal determinará las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como de los cambios hechos en ellos por cada custodio.

Incautación de bienes

El acta es un requisito formal de toda medida instrumental restrictiva de derechos. Así: **1.** La intervención corporal (artículo 211, apartado 4, NCPP). **2.** Las pesquisas, destinadas a los rastros, efectos materiales y elementos materiales útiles para la investigación, que serán objeto de recogida y conservación (artículo 208, apartado 2, NCPP); además del acta se levantarán planos de señales, descriptivos y fotográficos, y toda otra operación técnica, adecuada y necesaria al efecto (artículo 208, apartado 4, NCPP). **3.** El allanamiento con ulterior incautación de bienes delictivos sujetos a ulterior decomiso o que se relacionen con el delito para servir de prueba del mismo (artículo 217 del NCPP). La incautación de documentos no privados. **4.** La interceptación e incautación postal (artículo 227, apartado 3, NCPP). **5.** La intervención de comunicaciones —que importa, además del acta, la conservación de los originales de la grabación (artículo 231, apartados 1 y 2, NCPP). **6.** La incautación de documentos privados (artículo 233, apartado 3, NCPP). **7.** El aseguramiento de documentos privados y documentos contables y administrativos (artículos 232 y 234 NCPP).

El acta

8. 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 eurocontinental 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.

Equivalentes a incidencia física en el CPP

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

Medios de investigación o de prueba: Personales y materiales o reales

investigación o de prueba personales, y medios de investigación o de prueba materiales o reales [FLORIÁN, I, 1976, p. 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, t. III, 1952, p. 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, p. 232].

"Cuerpo del delito": Definición

La Sentencia del Tribunal Supremo español, del seis de febrero del 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.

"Cuerpo del delito": Clasificación

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, p. 329]

Medio y objeto de investigación

§ 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.

Cadena de custodia y Ministerio Público

La Fiscalía de la Nación, mediante la Resolución N.º 729-2006-MP-FN, del quince de junio del 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 iscales 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).

Cadena de custodia: Normativa

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.

Importancia del "cuerpo del delito" en el proceso penal

Principio de autenticidad

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.

Auto autenticación

Marcación

Testimonio

Pericia

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 (v.g. 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 (v.g. 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 (v.g. 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, p. 195-198].

Autenticación y necesidad del levantamiento de actas

Cabe acotar, sin embargo, que respecto a la autenticación el NCPP establece la necesidad del levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado —recogida del bien, cosa u objeto, y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito—. Su elaboración —a cargo mayormente de la Policía—, la búsqueda y recogida del cuerpo del delito, forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo español, del dieciocho de mayo de dos mil uno, fundamento jurídico cuarto) —y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito—, si cumplen los requisitos pertinentes —fijados mayormente por norma reglamentaria, aunque con una base legal con la que se ha detallado en el parágrafo séptimo—, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación —ubicación, recogida e incautación—, a través de auto autenticación, marcación, testimonio o pericia.

11. 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, etc., 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, 200, p. 23]

"Cadena de custodia": Definición

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación -utilización de embalajes adecuados-, rotulación, etiquetamiento —con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación—, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto, a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados), hasta llegar a las instancias judiciales [la obligatoriedad de su presentación se advierte de lo dispuesto por el artículo 282.1 NCPP].

"Cadena de custodia": Función

Por último, la cadena de custodia, como señaló el Tribunal Supremo español, en su sentencia del tres de diciembre del 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, t. II, 2010, p. 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 del dos mil siete].

"Cadena de custodia": Finalidad

12. 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.

Formatos de la "cadena de custodia": Concepto

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, p. 361-362]

Formatos de la "cadena de custodia": Finalidad

§ 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.

Ruptura de la "cadena de custodia"

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.

Consecuencia de la ruptura de la "cadena de custodia"

15. Por lo tanto, se puede precisar lo siguiente:

a) El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias —mayormente periciales—, realizadas a partir de él, no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o su ruptura. No obstante ello, será necesario que la parte —no solo la acusadora, que por ley debe seguir el procedimiento en cuestión, para garantizar la mismidad de la prueba— que incorpore esos elementos materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba, más allá de la prueba documentada que dimana del acta de incautación

y de los formatos respectivos de cadena custodia —perjudicados por la ruptura de la conexión—. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia. La decisión acerca de la autenticidad de un elemento material es parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba aportada o practicada en el juicio; el error del juez, al formular el juicio sobre la autenticidad de la prueba material importa un error de derecho por falso juicio de convicción [REYES ALVARADO, 2011: 625]

Necesidad de la acreditación de la autenticidad por otros medios de prueba

b) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización —sanción procesal asociada a la prueba prohibida—, porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (artículo VIII, del Título Preliminar, y artículo 159 del NCPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito, que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia, o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (artículo 155, apartado 2, NCPP).

La ruptura de la "cadena de custodia" no vulnera derecho fundamental alguno

c) Como existe libertad probatoria y sólo se presenta un vicio en un mecanismo tendente a acreditar la autenticidad de la prueba material, la vulneración de las reglas de cadena de custodia no da lugar a la exclusión probatoria. La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, por lo que se está ante un aspecto propio de la valoración de la prueba, de la credibilidad del cuerpo de la prueba que presentó la parte concernida, que el órgano jurisdiccional decidirá de acuerdo con las restantes circunstancias del caso [MUÑOZ NEIRA, *ibídem*, p. 362].

Vulneración de las reglas de la "cadena de custodia" no excluye la prueba

d) Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación, no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá, si es del caso otorgar o no, mérito a esa evidencia y valorarla o no.

Mérito probatorio al tiempo de la prueba

e) La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.

Irregularidades en la "cadena de custodia" y vulneración constitucional

f) Cabe insistir —y así lo ha precisado el Tribunal Supremo español en las sentencias del cuatro de junio del dos mil diez y veinticuatro

de abril del dos mil doce— que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega de lo incautado a la entidad correspondiente, que es el proceso al que se denomina genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental; es decir, que tan solo sirve para garantizar que lo analizado es la misma e íntegra cosa, bien u objeto ocupado, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que el bien, cosa u objeto analizado no fuera aquel bien, cosa u objeto originario, ni para negar el valor probatorio de los exámenes periciales y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

La función instrumental de la "cadena de custodia"

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, Integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

17. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 14 del presente Acuerdo Plenario.

18. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22, de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / BARRIOS ALVARADO / TELLO GILARDI / PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES / VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

CAPÍTULO III
Las medidas de coerción procesal

I.
LA INCAUTACIÓN
1.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2010/CJ-116
INCAUTACIÓN

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Incautación
Doctrina legal	ff. jj. n.ºs 6-15
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 218, 316.1, 259, 203, 254.1, 203.3, 317.2 y 319.2

SUMILLA:

10. [L]os bienes y objetos que pueden incautarse [...] 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—.

[...]

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.

[...]

13. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución —excepción, párrafo 10, literal c)— o después de ella —regla general, parágrafo 10, literales a) y b)—.

[...]

La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (artículo 203.3 y 317.2 NCPP).

[...]

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 [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Incautación

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único nado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la *primera fase* —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores jueces supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

3. En cuanto al tema en debate: "la incautación", informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal— y Víctor Burgos Mariño —en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad—.

4. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores jueces supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores jueces supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores jueces supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6. La deliberación y votación del tema "la incautación" se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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.

Incautación: funciones

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.

Aun 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—.

Incautación y decomiso

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.

Incautación instrumental

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, aquel 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—.

Cuerpo del delito

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.

Cosas relacionadas con el delito

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.

Incautación cautelar

A. Los efectos del delito o *producía 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.

Efectos del delito

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.

Instrumentos del delito

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.

Objetos del delito

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102 CP).

10. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse —privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal— cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102 y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible —asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba—.

Funciones de los bienes y objetos incautados

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.

Variabilidad de la función de la incautación

§ 2. 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.

Títulos de la incautación

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.

Incautación y actuación policial

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—.

Incautación y disposición fiscal

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.

Incautación por 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.

Incautación e intervención judicial

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; solo 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.

Incautación: trámite

§ 3. Ausencia de resolución judicial efectos procesales

13. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución —excepción, párrafo 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.

Incautación: requiere resolución judicial

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.

Inmediatez de la confirmación

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial —al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación— no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación —sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al fiscal omiso—. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad —requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes—.

Función de la confirmación judicial

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.

Necesidad de evaluación legal de la incautación

§ 4. 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.

Reexamen y apelación de la incautación

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 solo 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 evidencias existentes cuando esta se decretó o efectivizó.

El tercero y la incautación

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

17. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 a 15.

18. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

SECCIÓN TERCERA
EL PROCESO COMÚN

CAPÍTULO I
La Investigación Preparatoria

I.
LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 3-2012/CJ-116
SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

Acuerdo Plenario	**N.° 3-2012/CJ-116**
Fecha	26.03.2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Tema	Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339. 1 del Código Procesal Penal del 2004.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-11
Concordancia	Código Penal: arts. 83 y 84 Código Procesal Penal: art. 339.1

SUMILLA:

11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. [...] 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

ACUERDO PLENARIO N.° 3-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339. 1 del Código Procesal Penal del 2004.

Lima, veintiséis de marzo del dos mil doce.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I.ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides CHINCHAY CASTILLO (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino VALDIVIA GUEROLA (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo ALCÓCER POVIS del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

4. La *tercera etapa* del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de jueces supremos ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el dia de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor PARIONA PASTRANA, quien se encontraba de vacaciones),

con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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 del 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339 inciso 1 *"La formalización de la investigación suspenderá el curso 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".*

Suspensión de prescripción y formalización de investigación preparatoria

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.

¿Suspensión o interrupción de la prescripción?

§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339 inciso 1 válida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2019.

8. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339 inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233 del Código Procesal Penal de Chile también establece que *"La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal"*. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: *"Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él"*. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación echa por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

Fuente legal extranjera del art. 339.1 del CPP

§ 3. 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 deba 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 no fue reproducida por el actual artículo 84 del Código Penal vigente, demostrando con vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni la 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-I 16.

Suspensión e interrupción de la prescripción: derecho penal nacional

§ 4. Las relaciones intrasistemáticas 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 de Código Penal vigente. El artículo 84 del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. *Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden 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:

Vigencia de los arts. 83 y 84 del CP

> *"1. La cuestión prejudicial procede cuando el fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.*
>
> *2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren al situación jurídica y que no la hubieren deducido".*

¿Una autonomía legal?

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 antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N.° 1-2010/CJ- 116.

§ 5. 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 acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias atentadas 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. [Art. 339.1 y plazo razonable] 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.

Prolongación máxima del plazo

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

13. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 11.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

15. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ SALAS ARENAS / PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ MORALES PARRAGUÉZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 6-2010/CJ-116
ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO

Acuerdo Plenario	**N.° 6-2010/CJ-116**
Fecha	16.11.2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Antonio Neyra Flores
Tema	Acusación directa y proceso inmediato
Doctrina legal	ff. jj. n.os 8-23
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 336.4, 446, 447, 448.1 y 448.2

SUMILLA:

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.

[...]

12. [E]l 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.

[...]

15. [E]l 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. [...]

[...]

21. [E]l 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 [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Acusación directa y proceso inmediato

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los jueces supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—; Ana Cecilia Hurtado Huailla —en representación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa—; y Miguel Falla Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia-Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo—, las mismas que se han tenido en cuenta para en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se

expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—. Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviene como ponente señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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

Acusación directo: definición

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 y 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 del 2009, fundamento jurídico 6].

Proceso inmediato: definición

§ 2. 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.

Alcances de la acusación directa

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 ajuicio. 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.

Alcances del proceso inmediato

En el caso que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el juez de la investigación preparatoria podrá desestimar la solicitud del fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

Desestimación del proceso inmediato

§ 3. 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.

Disposición de formalización de la investigación preparatoria: definición

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.

Disposición de formalización: función

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.

Acusación directa y actuación del imputado

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.

Actuación directa: oportunidad procesal

§ 4. 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.

Funciones del requerimiento acusatorio

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.

Notificación del requerimiento de acusación

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.

Acusación y actuación del imputado

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.

Acusación y actuación de la víctima

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.

Requerimiento de acusación: contenido

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.

Requerimiento de acusación y medidas de coerción

§ 5. 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.

Oportunidad de incoación del proceso inmediato

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.

Proceso inmediato y la obligación de la formalización de investigación Preparatoria

§ 6. 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.

Etapa intermedia: funciones

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. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

Proceso inmediato y Etapa intermedia

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.

Control de incoación del proceso inmediato

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.

Audiencia para el proceso inmediato

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.

Control de la acusación fiscal

§ 7. 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.

Proceso inmediato y ausencia de fase intermedia

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.

Utilidad de 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.

Proceso inmediato: oportunidad de apelación de medios probatorios

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.

Proceso inmediato: principio de imparcialidad

23. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán,

al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

Proceso inmediato: actuación de los sujetos procesales

III. DECISIÓN

24. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

25. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8 al 23.

26. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

27. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARÁN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ SANTA MARÍA MORILLO

CAPÍTULO II
La Etapa Intermedia

I.
LA ACUSACIÓN

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 4-2007/CJ-116
DESVINCULACIÓN PROCESAL. ALCANCES DEL ARTÍCULO 285-A DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Acuerdo Plenario	**N.° 4-2007/CJ-116**
Fecha	16.11.2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 5-12
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 225.2, 273, 263 y 285-A

SUMILLA:

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 solo 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2007/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el alcance del principio de desvinculación procesal en relación con el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislación número 959 —entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 2490-2006/La Libertad, del tres de julio de dos mil seis—.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 225 del Código de Procedimientos Penales, literal 2), establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria —luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo— deberá ceñirse cuando formule acusación oral [así, el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales estatuye que el Fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por el escrito de acusación escrita].

Contenido del escrito de acusación

7. Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho —acción u omisión punible— descrito en la acusación escrita quede inalterado. En sus aspectos secundarios, cuando se trate de incorporar circunstancias agravantes de tal entidad que modifiquen la tipicidad del hecho punible en cuestión [que es un supuesto de variación no sustancial de las circunstancias del hecho punible; elementos circunstanciales o colaterales del hecho nuclear], el artículo 263 del Código de Procedimientos autoriza a que el Fiscal solicite al Tribunal una prórroga para formular una *acusación complementaria*, siempre por un tipo legal más grave. Dicha norma procesal prevé que el Tribunal así lo disponga, previo trámite oral de carácter contradictorio.

Acusación complementaria

8. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal —artículos 273 y 263 del Código Ritual—, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar —aunque sí, degradar— el hecho y las circunstancias —jurídicamente relevantes— fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

Principio de correlación entre acusación y sentencia

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 esta solo 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.

Principio de exhaustividad

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

Inmutabilidad de los hechos imputados

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.

Acusación y calificación jurídica

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 solo 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.

Tesis de la desvinculación 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.

Circunstancias modificativas

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*.

Alteración de oficio del título de imputación

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.

Desvinculación y derecho de contradicción

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.

Supuestos que permiten la desvinculación

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.

Garantía de defensa procesal y prohibición de 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

Modificación de la calificación jurídica

regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDARON:**

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

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/ URBINA GANVINI

2.

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2009/CJ-116
CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Acuerdo Plenario	**N.° 6-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Control de la acusación fiscal
Doctrina legal	ff. jj. n.° 6-15
Concordancia	Constitución Política: arts. 159.5 Ley Orgánica del Ministerio Público: art. 1 y 92 Código de Procedimientos Penales: art. 219 Nuevo Código Procesal Penal: art. 60 y 334.1

SUMILLA:

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 [...].

[L]o pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta 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).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Control de la acusación fiscal

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto del 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores jueces supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre del 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores jueces supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el juez supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales —en adelante, ACPP— como en el nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad *ex officio* de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La acusación fiscal. Alcances jurídico 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).

Defensión de acusación fiscal

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 solo es posible en los delitos de persecución pública— y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no solo 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.

Registro de la acusación fiscal

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.

Acusación y pretensión civil

7. Los artículos 225 ACPP, 349 NCPP y 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción —fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente—. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Contenido de acusación: perspectiva subjetiva y objetiva

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.

Acusación: necesaria descripción de hechos

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. Este 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.

Acusación y título de imputación

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.

Acusación: inmutabilidad de los hechos y calificación jurídico provisional

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.

Acusación: Cambio en la calificación jurídica y principio de contradicción

§ 2. 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, solo 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.

Acusación y control jurisdiccional

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.

El control jurisdiccional, principio de contradicción y tutela jurisdiccional

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.

Supuestos de subsanación de la acusación

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.

Extensión de los alcances del control de la acusación

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.

§ 3. 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—.

Etapa intermedia y control de acusación

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 y 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.

Control de acusación: oportunidad procesal

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. Este 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*".

Control de acusación: cuestiones a desarrollarse

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— solo 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.

Control sustancial y sobreseimiento

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.

Control de oficio

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 solo 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.

Oportunidad del control formal

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta 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).

Oportunidad del control sustancial

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

17. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 15.

18. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES 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/ ZEVALLOS SOTO

II.
EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

1.
ACUERDO PLENARIO N°05-2012/CJ-116
NOTIFICACIÓN DE RESOLUCIONES Y COMPETENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2012/CJ-116**
Fecha	29.01.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponente	José Neyra Flores
Tema	Notificación de resoluciones y competencias del Ministerio Público
Doctrina legal	ff. jj. n.os 15 y 16
Concordancia	Código Penal: arts. 129, 355.5, 363 y 366

SUMILLLA:

15. A. 1. [E]l 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 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 ajuicio [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2013

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Notificación de resoluciones y competencias del Ministerio Público

Lima, veintinueve de enero del dos mil trece.

Los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, así como la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema

de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.° 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio del dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa, llevada a cabo entre el trece de agosto y el treinta de octubre de dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos, que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal, en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de Internet del Poder Judicial; con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo Penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre del dos mil doce, discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—; para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que conocen en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre del dos mil doce, se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre del dos mil doce. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces

ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha establecida, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, donde intervinieron todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación del presente Acuerdo Plenario se realizó el día determinado. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6. El problema que aborda el presente Acuerdo Plenario radica en la interpretación y aplicación de los apartados 2 y 5, del artículo 355, del Código Procesal Penal (en adelante CPP), referido a la concurrencia de agraviados, testigos y peritos al juzgamiento. Se busca dilucidar si, en el acto oral, corresponde al órgano jurisdiccional o al Ministerio Público y las demás partes procesales, realizar el acto de citación.

Proceso y acto procesal

7. Estructuralmente, el proceso penal, durante su desarrollo inicial hasta la resolución definitiva, se compone básicamente de una serie de actos procesales vinculados[1].

Acto procesal: Definición

Un acto procesal es un acto jurídico realizado por las partes o el acordado por el Tribunal, a fin de iniciar, constituir, desenvolver, modificar, resolver o extinguir una relación procesal[2].

Acto procesal: Modalidades

Existe una gran variedad de actos procesales; por ejemplo, los actos de prueba, impugnaciones, citaciones, notificaciones, etc.

Actos de comunicación

Los dos últimos forman parte de los denominados actos de comunicación, que pueden emanar del Ministerio Público, con el objeto de dar curso a la persecución penal; o del órgano judicial, en

1 Estos actos tienen como función lograr, a través de un conjunto concatenado lógico y jurídico de actos, la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional que decida un determinado conflicto y que, eventualmente, promueva su ejecución. GABRIEL TORRES, Sergio, *Nulidades en el proceso penal* Ad Hoc: Buenos Aires, 1993, p. 28.

2 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo I. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 162.

ejercicio de sus facultades jurisdiccionales durante la etapa intermedia, juzgamiento, apelación y casación penal[3].

Notificación

a. La notificación es un acto procesal que consiste en la comunicación a uno de los sujetos procesales de las resoluciones que se emiten en el proceso.

Citación

b. La citación tiene por finalidad hacer comparecer a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes, depositarios y otros que correspondan, para llevar a cabo una actuación y garantizar la regular marcha del proceso.

Estamos frente a dos actos procesales con distintas finalidades, en el que el acto materia de controversia es la citación.

Regulación de la citación

8. Con respecto a la citación, el artículo 129 del CPP señala: "Las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios podrán ser citados por medio de la Policía o por el personal oficial de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional, según las directivas que sobre el particular dicte el órgano de gobierno respectivo".

§ 2. Etapas del proceso penal

Sistema penal en el CPP

9. El sistema del Código Procesal Penal puesto en vigencia por Decreto Legislativo N.° 957 es acusatorio, contradictorio, predominantemente oral de origen europeo continental; por lo que al igual que en el Código de Procedimientos Penales de 1940, el órgano judicial debe proveer justicia y obtener la verdad, basándose en un equilibrio entre garantías y eficiencia. Este Código se encuentra vigente desde julio del 2006 en Perú, y sigue la tendencia de los Códigos acusatorios de América Latina. Divide sus etapas en tres muy marcadas: 1) De investigación preparatoria. 2) Intermedia. 3. Juicio oral.

Etapas del proceso

Las dos primeras fases son preparatorias, buscan resguardar el mejor escenario para que se ponga en marcha el juicio oral. En la primera, cuando se practican los actos de investigación, se recaban los elementos de convicción o actos de investigación o de prueba preconstituida o anticipada.

Al ser una actividad inquisitiva, su conducción está cargo del fiscal, tal y como disponen los artículos 60, 65 y 322 del CPP, y al ser el encargado de investigar, es su responsabilidad que esta etapa se lleve a cabo eficazmente, para lo cual debe realizar diversos actos de comunicación, entre otros, notificar la disposición fiscal que declara

3 Horvitz Lennon, María Inés y, Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 314.

el secreto de la investigación (apartado 2, del artículo 324, del CPP); notificar el archivo de la denuncia (apartado 1, del artículo 334, del CPP); notificar la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria y comunicarla al juez (artículo 336 del CPP); citar al imputado, agraviado y demás personas, exigir informaciones (artículo 337 del CPP); entre otras, no debe olvidarse que la policía también realiza citaciones (artículo 331 del CPP).

Trámite de la investigación preparatoria

10. La actividad del fiscal es controlada en la investigación preparatoria a voluntad de las partes y en la etapa intermedia por el juez de la investigación preparatoria, etapa última donde notificará (artículo 350 del CPP), y citará a la audiencia preliminar (artículo 345 del CPP), corriendo traslado de los pedidos, controlando de manera formal y sustancial la acusación, así como la suficiencia y licitud de los elementos de convicción de la misma, y si es el caso expedir el auto de enjuiciamiento (artículo 354 del CPP), etc.

Control de la actividad fiscal

§ 3. El juicio oral

11. La etapa de juicio oral es la más importante, pues aquí se decide si se mantiene la presunción de inocencia de la persona acusada[44] , con las garantías que comprende.

Juicio oral: importancia

12. Es claro que la atención del juez en el juicio debe estar enfocada en hacer la audiencia, captar la información y expedir las resoluciones orales y escritas; por ello la percepción y valoración incidirá en la prueba producida por el Ministerio Público y la defensa. Preliminarmente, con tal objeto deben practicarse los actos necesarios, como lo es la citación de testigos y peritos, a fin de que concurran al acto oral.

Actuación del juez en el juicio oral

§ 4. La citación de testigos y peritos en el juicio oral

13. La norma general, ubicada en el capítulo "Actos procesales", es el artículo 129, del CPP citado. Esta norma permite señalar que la citación, durante el proceso penal, puede corresponder a diversos órganos estatales, en función a la etapa o rol del sujeto procesal, Ministerio Público u órgano jurisdiccional.

La investigación preparatoria está a cargo del fiscal. Por ello es que el personal del Ministerio Público le corresponda citar a testigos y peritos. Las etapas intermedia y juicio oral se realizan bajo la conducción del órgano judicial respectivo, siendo lo pertinente que los testigos y peritos sean citados por el órgano jurisdiccional

¿Quién puede citar a testigos o peritos

4 4 BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 1993, p. 233.

14. Sin embargo, un sector de los operadores jurídicos señalan que en el juicio oral quien debe citar a testigos y peritos es la parte que los ofreció, basándose en el apartado 5, del artículo 355, del CPP, que establece: "[...] 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". Esta interpretación no es correcta, desde los métodos sistemático —que consiste en seleccionar del sistema jurídico todas las normas que sean concordantes para establecer la solución que encuentre equilibrio entre garantías y eficiencia— y teleológico —que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando el por qué fue incorporado al ordenamiento jurídico—, que regulan la actividad procesal penal.

¿Citación a cargo de las partes?

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 este autoridad jurisdiccional, conforme con el artículo 366 del referido texto legal, el cual indica que: "1. El auxiliar jurisdiccional del juzgado adoptará las acciones pertinentes para que se efectúen las notificaciones ordenadas y se encuentren en lugar adecuado los objetos o documentos cuya presentación en audiencia ha sido ordenada. 2. Igualmente, está obligado a realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del fiscal, de las partes y de sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el juzgado [...]".

Citación de testigos y peritos en juicio

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 ajuicio. 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

Partes procesales y localización y comparecencia de testigos y peritos

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. Solo 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.

Personal acusatorio del juzgador y citacion a testigos y peritos

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".

Citación: Judicial tramites

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.

Supuesto subsidiario de citación

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.

Necesidad de un procedimiento de notificación

Pero la citación a juicio de testigos y peritos no es una actuación procesal que competa a los fiscales, en su condición de titulares del ejercicio público de la acción penal; como sí lo es notificar el archivo de la denuncia o el secreto de la investigación.

Por último, esta norma señala que los fiscales, en el ejercicio de sus funciones, están facultados para citar a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios; por lo que debe entenderse que solo lo hará en la etapa de investigación que dirige y, por lo tanto, está a cargo su concreción.

Actuación del fiscal y citación

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.

Obligación de coadyuvar en la localización y comparecencia de testigos y peritos

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.

Citación: colaboración excepcional

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.

Citación: Actuación de los sujetos procesales

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).

Competencia del órgano judicial

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, así como la Vocalía de Instrucción, de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

18. ESTABLECER, como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15 y 16 del presente Acuerdo Plenario.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los acuerdos plenarios, dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

20. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

21. PUBLICAR, el presente Acuerdo Plenario, en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ TELLO GILARDI/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2006/CJ-116
DECLARACIÓN DE CONTUMACIA EN LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO. PRESUPUESTOS MATERIALES

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2006/CJ-116**
Fecha	13.10.2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Robinson Gonzales Campos, César San Martín Castro y José Luis Lecaros Cornejo
Tema	Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales.
Doctrina legal	ff. jj. n.°s 7-14
Concordancia	Decreto Legislativo N.° 125 (arts. 2 y 3.1)

SUMILLA:

14. La declaración del reo contumaz [...] está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y se persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319 del Código de Procedimientos Penales. [...] Un juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2006/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales.

Lima, trece de octubre del dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria —de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar los presupuestos materiales para la declaración de contumacia de un acusado en la etapa de enjuiciamiento. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 3725-2005/ Lima, del 26 de octubre del 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La Constitución Política, en función a la jerarquía de las normas que la integran y a los principios y valores que entraña, vincula rigurosamente al legislador y a los jueces. En esta perspectiva se concibe el denominado "Programa Penal de la Constitución", que contiene el conjunto de postulados político jurídico y político criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Entre los preceptos que lo integran e incorpora el texto constitucional se encuentran aquellos que regulan los derechos de los justiciables y el modo o forma en que el Estado ha de conducirse para la determinación de la responsabilidad penal de las personas. Entre ellos, sin duda, están las garantías genéricas del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva. Esta última garantía, a su vez, contiene un elemento esencial vinculado a la **llamada de la parte —al imputado, en el proceso penal— al proceso,** y con él, los requisitos constitucionales que son exigibles a los actos de comunicación y, en consecuencia, a la posibilidad legítima de declaración de ausencia y/o contumacia, con todos los efectos que dicha declaración contiene para el entorno jurídico del imputado.

Contenido del "Programa Penal de la Constitución"

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 J 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, página 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.

Importancia de la comunicación de las Resoluciones Judiciales

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].

Contumacia y ausencia

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.

Contumacia y ausencia: Naturaleza jurisdiccional

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.

Naturaleza de la Resolución judicial que declara el estado de ausencia o contumacia

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, rehúye 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— solo se dictará desde que "[...] *existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso* [...]".

Definición de contumacia

10. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2 de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205 y 206 del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1 de la Ley número 26641, solo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehúye 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.

Oportunidad para declarar la contumacia

11. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: "...Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. *Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento,* procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318 al 322 del Código de Procedimientos Penales".

Auto de enjuiciamiento y emplazamiento del acusado presente

12. Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: **a)** que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 8.8.2005]; **b)** que la indicada resolución judicial, presupuesto

de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, **c)** que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

Presupuestos para declarar la contumacia en etapa de enjuiciamiento

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.

La persistencia en la incomparecencia como presupuesto para la declaración de contumacia

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

Declaración de contumacia como consecuencia de la ausencia a la iniciación o continuación del Juicio Oral

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,

Auto de contumacia y procedimiento de recusación

que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de jueces y vocales.

Rechazo liminar del pedido de inhibición o recusación

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.

Rechazo de recusación por motivo legalmente establecido

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.

Recusación en trámite y auto de contumacia

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aun cuando este 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.

14. En síntesis, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y se persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319 del Código de Procedimientos Penales. Por último, un juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta

iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

Presupuestos materiales para la declaración de reo contumaz

III. DECISIÓN

En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; **ACORDÓ:**

1. ESTABLECER como reglas de valoración, en la etapa de juicio oral, las que se describen en los párrafos 7 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 14, constituyen precedentes vinculantes.

2. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

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/ URSINA GAMBINI

CAPÍTULO III
El Juzgamiento

I.
PRECEPTOS GENERALES

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 6-2011/CJ-116
MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA

Acuerdo Plenario	**N.° 6-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Cesar San Martín Castro e Inés Villa Bonilla
Tema	Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 6-13
Concordancia	Constitución Política: arts. 139.3 y 139.5 Código Procesal Penal: art. 123 125.1

SUMILLA:

9. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad [...] es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Esta no puede suspenderse para otro día con el solo 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. [...] La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, solo será necesaria cuando esta 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.

11. [...] 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 6-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: *el foro de aporte de temas y justificación*, y *la publicación de temas y presentación de ponencias*. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados— para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el 2 de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

4. La *tercera etapa* del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes el señor Presidente del Poder Judicial, Cesar San Martín Castro y la señora Inés Felipa Villa Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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, solo 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—.

Motivación escrita de las resoluciones judiciales y debido proceso

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 [Montero Aroca, Juan, *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.

Oralidad y publicidad: nociones

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 solo 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).

Oralidad y publicidad: desarrollo legal

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)—.

Clasificación de las resoluciones judiciales

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).

Contenido de las resoluciones judiciales

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.

Régimen de la oralidad en el procedimiento principal

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— [GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

Principios del proceso y procedimiento

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Estos 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.

Principio de oralidad: alcances

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 estas 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.

Principio de oralidad: configuración institucional

§ 2. 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.

Exigencia de resoluciones orales o verbales

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 [Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., 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,

Resoluciones orales y principio de concentración

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. Esta no puede suspenderse para otro día con el solo 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.

Documentación de la *resolución* oral

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.

Documentación de resolución: régimen legal

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120 y 361 NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación —no sucinta— sino integral, y esta 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.

Reproducción integral de la resolución oral

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, solo será necesaria cuando esta 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 [ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte, Editorial Rubinzal, Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

§ 3. 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.

Motivación de resoluciones: ámbitos de aplicación

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, solo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

Corrección de la falta de motivación

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva —no ha tratarse de una mera infracción de las

normas y garantías procesales—. Esta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales —artículos 152 y siguientes del NCPP—).

Motivación y nulidad procesal

Por otro lado, los errores —básicamente jurídicos— en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; solo 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.

Errores en la motivación

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—.

Supuestos de exhaustividad en la motivación

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada —criterio establecido en la Casación N.° 05-2007/Huaura—.

Motivación por remisión

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

Motivación ¿forma escrita?

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 [PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

Finalidades de la motivación

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.

Resolución oral y reconocimiento

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 13.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOJP, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO/ SAN MARIA MORILLO

II.
EL DESARROLLO DEL JUICIO

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2008/CJ-116
NUEVOS ALCANCES DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2008/CJ-116**
Fecha	18.07.2008
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Nuevos alcances de la conclusión anticipada
Doctrina legal	ff. jj. n.° 8-23
Concordancia	Ley N.° 28122: art. 5

SUMILLA:

28. [...] **1)** El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción [...].

3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley.

4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados [...].

7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2008/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada.

Lima, dieciocho de julio del dos mil ocho.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5 de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la conformidad; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La conformidad. Alcances generales.

6. El artículo 5 de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Conformidad absoluta

Solo será posible, al margen de la denominada "conformidad absoluta" [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios —prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida—, acerca de la pena y reparación civil —de su entidad o de su cuantía— ("conformidad limitada o relativa").

Conformidad limitada o relativa

Conformidad parcial

Asimismo el numeral 4 del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar a lugar a una "conformidad parcial", según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que "[...] *la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral*".

7. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, **(1)** diferenció lo que debe entenderse por "confesión" como medio de prueba y "confesión" como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, **(2)** afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa —si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada— de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad —siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución—. También **(3)** reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206- 2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o "cuestiones de hecho", y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

Alcances de la conformidad

8. 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 acto 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 sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llevar a un 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—.

Carácter expreso y unilateral de la conformidad

9. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que 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.

Inmutabilidad de los hechos imputados

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no solo 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 porque 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".

Predeterminación de la sentencia

La sentencia, en la medida en 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, solo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad —sin vicios del 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 solo a un examen de las 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

Sentencia precedida de la aceptación de los hechos

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.

Impedimento de actividad probatoria

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen 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 de 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 aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

Conformidad y exclusión de la actividad probatoria

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 frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

Consecuencia de la conformidad del acusado

§ 2. Oportunidad procesal de la conformidad.

11. 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 período 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 período probatorio y, dentro del período decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio —obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal—.

Oportunidad procesal de la conformidad

En atención a que una 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 se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al período probatorio.

Carácter formal de la conformidad

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 periodo 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.

Exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad

§ 3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio.

12. 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 estos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá* sentencia, prosiguiéndose l*a audiencia con los no confesos* [...]". No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente.

Conformidad parcial en pluralidad de imputados

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando "[...] *la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral*" —parte final del citado numeral 4) del artículo 5 de la Ley número 28122—. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución —uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado— y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto

Impedimento para aceptar la conformidad parcial

de dilucidación y la posición que sobre ellos han 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, aún cuando se trate del mismo hecho o delito —*conexidad objetiva* o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo—; es decir, cuando se les 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 con 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.

Imputado conformado, no conformado y sentencia conformada

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 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.

Imputado no conformado y juzgamiento independiente

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y 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 oral*".

Imputación individualizada

§ 4. 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.

Imputado conformado y declaración en juicio

En principio, si bien las declaraciones 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, 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 pautas para apreciar el testimonio que aquellos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori 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.

Valoración de la declaración del imputado conformado

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida 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 distintos del que depone.

Admisibilidad de la declaración del imputado conformado

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 la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación —entre testigo e imputado— 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 status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como

Criterio de delimitación entre testigo e imputado

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 ocluidos 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, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni 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.

Régimen jurídico al imputado conformado en juicio posterior

§ 5. 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 bien 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.

Capacidad innovadora del juez y 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 conformado 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 o incompleta— o modificativa e la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

Variación de la configuración jurídica del hecho conformado

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 le 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*].

Contradicción y hechos conformados

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación —solo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos— y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que solo se exige audiencia 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 requiere indagación, probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes —control *in malam partem*—, solo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

Conformidad: Control *in bonan partem* e *in malam partem*

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 dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45 y 46 del Código Penal, cuyo único límite, a parte 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 contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita—.

Conformidad e individualización de las penal

Conformidad y proporcionalidad de las penas

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes solo se presentan las circunstancias anteriormente señaladas —que importan una aminoración de la respuesta punitiva—, vinculada a la aplicación de los 14, 15, 16, 21, 22, y 25, 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.

17. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4) del artículo 5 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.

Efectos de la sentencia conformada respecto a una sentencia posterior inmediata

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual solo 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 enjuiciados, 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.

Valoración posterior de los hechos conformados

Por consiguiente, aún cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos —si existe identidad— no solo 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].

Sentencia conformada y variación de tipificación en juicio posterior

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 como 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 cuanto procesales— variar la

tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Una interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso 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 solo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322 del Código de Procedimientos es, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

Sentencia conformada y favorabilidad posterior

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 bien, 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 aquella, 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.

Un proceso y dos juzgamientos sucesivos

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones —ante la no regulación en el caso de 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. Siendo así, será del caso utilizar la denominada "analogía legis" como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322 del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Imputados conformados y no conformados

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria —basada en el *favor rei*— a todos los procesos en 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 con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

Objeto de analizar la presencia de analogía

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Segundo juzgamiento y favorabilidad de la analogía

Por lo expuesto, es de concluir que no solo 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.

Posibilidad de revisión de la primera sentencia

§ 6. Conformidad y confesión sincera.

19. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como 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 del acusado [...]".

Confesión y conformidad procesal

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria 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 y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad —comprobación a través de otros recaudos de la causa—).

Alcances de la confesión sincera

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Solo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los

hechos —que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar—, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un 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 como una forma de confesión

La conformidad consta de dos elementos materiales: **a)** el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, **b)** la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

Elementos materiales de la conformidad

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 5.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una 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 citado artículo 136 del Código de Procedimientos Penales— si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues solo 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].

Coincidencia entre la regulación de la confesión y la conformidad

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 del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este 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].

Conformidad y atenuación de la pena

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 esta sea relevante para efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia 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 que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento 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.

Efectos de la confesión

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).

Objeto de la confesión

Desde una perspectiva global el referido artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, 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— y (4) oportuna —en el momento necesario

Alcances de la confesión

para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación—, a la que se 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 el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria solo podrá tener una relativa 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.

Pertinencia de la confesión

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 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 la 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, levadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283 del citado Código.

Efectos atenuantes de la confesión en la investigación preliminar

22. Si, como se ha dejado sentado, 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 se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el 471 del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: "*El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reacción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión*".

Aplicación analógica del art. 471 del CPP

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 28122, 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.

Racionalidad de la analogía

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 punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de 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.

Terminación anticipada y conformidad: rasgos comunes

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

Conformidad y reducción de pena

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 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 no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Conformidad y principio de proporcionalidad

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de 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. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos

Terminación anticipada y reducción de la pena

finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Conformidad y reducción de la pena

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 porcentaje menor. Así las cosas podrá 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.

§ 8. Conformidad y objeto social

Conformidad y objeto civil

24. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional —más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal— se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal —con los alcances y excepciones que la ley establece—, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Objeto civil: naturaleza jurídica

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

Inmutabilidad de la reparación civil

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada —y, por ende, disponible— de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

Pretensión civil alternativa

25. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, e a lo dispuesto en el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional —artículo 139.3 de la Constitución—, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas —como establece el inciso 3) del artículo 5 de la Ley número 28122—, en la medida que el artículo 227

del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225 del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

Pretensión civil y actuación probatoria

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad —específicamente del inciso 3) del citado artículo 5 de la Ley número 28122— desde los numerales 3) y 14) del artículo 139 de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Conformidad objeto civil y garantía procesales

Esta conclusión no solo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa —no es incompatible con ella—, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir —luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva— una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil —que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de ;y número 28122—, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y solo para los imputados conformados —es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del cilio 372 del Nuevo Código Procesal Penal—.

Sentencia conformada, segunda instancia y objeto civil

26. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes —codelincuencia—, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el *primero*, referido a los alcances de la sentencia conformada: esta solo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el *segundo*, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95 del Código Penal).

Responsabilidad civil: determinación de los obligados

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como esta es solidaria si existieran copartícipes —y no mancomunada—, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y solo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza, Por consiguiente, la variación solo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

Responsabilidad civil: determinación del monto

III. DECISIÓN

27. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad.

ACORDARON:

28. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.

2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.

3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.

4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso —criterio de la alteridad—.

5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No solo un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión

in bonam partem respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45 y 46 del Código Penal.

6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.

7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471 del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la cesura del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

29. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

30. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ 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/ URBINA GANVINI

III.
LA DELIBERACIÓN Y LA SENTENCIA

1.
RECURSO DE NULIDAD N°. 224-2005-SULLANA
LOS LÍMITES DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA PARA MODIFICAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO OBJETO DEL PROCESO PENAL[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2005/ESV-22**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Hugo Sivina Hurtado, César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, José Luis Lecaros Cornejo y Hugo Molina Ordóñez
Tema	Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción —o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos—, y el pleno cumplimiento del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.
Doctrina legal	f. j. n.° 3
Concordancia	Código Procedimientos Penales: 285-A

SUMILLA:

3. [...] Es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación —lo que incluye, obviamente, las denominadas "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal"—, pero a condición —en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos— que "...previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse..." y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N°. 224-2005
SULLANA

1 Recurso de nulidad N.° 224-2005 constituye precedente vinculante (tercer fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2005/Esv-22

Lima, veintiuno de abril del dos mil cinco.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por los acusados Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro; de conformidad con las conclusiones del dictamen del señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que el abogado del acusado Leguía Morales en su recurso formalizado de fojas doscientos veintiuno sostiene que su defendido desconocía la participación de terceros en el delito, que el fiscal superior tipificó la conducta de su defendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, así como que no está probado que integre una organización criminal ni se ha tenido en cuenta las condiciones personales del mismo ni su minoridad restringida; que el abogado del acusado Serna Jaramillo en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco apunta que su patrocinado realizó el ilícito por necesidad económica, y que se abrió instrucción y se acusó por el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas pese a lo cual se le ha condenado por el tipo agravado del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal.

Segundo: Que de autos aparece que el fiscal provincial en la denuncia formalizada de fojas sesenta y uno denunció a los encausados calificando los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil dos, pese a lo cual en el autoapertorio de instrucción de fojas sesenta y tres, del veinticuatro de julio de dos mil tres, aclarado por auto de fojas ciento veintiséis, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, se tipificó la conducta imputada en el tipo básico del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, la que fue objeto de acusación fiscal en esos mismos términos según se aprecia en el dictamen de fojas ciento setenta y cuatro; que, no obstante ello, el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, sin hacer mención a las razones de su discrepancia ni haber generado un debate previo en el acto oral, criticó los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del código Penal (ver: fundamento jurídico sexto), aunque no impuso una pena superior a la fijada en la acusación fiscal.

Tercero: Que si bien es cierto que —con arreglo al principio acusatorio— la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo —esto es, en este último supuesto, las

situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor—, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación —lo que incluye, obviamente, las denominadas "*circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*"—, pero a condición —en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos— que "*...previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse..*" y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales pues ha dejado en indefensión material a los imputados.

Límites del Tribunal de instancia para modificar la calificación jurídica del hecho

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiendo tenerse presente en todo caso lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero de esta Ejecutoria; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ

SECCIÓN CUARTA
LA IMPUGNACIÓN

CAPÍTULO I
Los Recursos

1.
SENTENCIA PLENARIA N.° 01-2013/301-A.2-ACPP
DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Sentencia Plenaria	**N.° 01-2013/301-A.2-ACPP**
Fecha	6.08.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Josué Pariona Pastrana y José Neyra Flores
Tema	Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-8
Concordancia	C de PP: art 295, 300.5, 301-A.2

SUMILLA:

7. [C]omo 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 —del acto de fundamentación o formalización del recurso, 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. En consecuencia, promovido el recurso impugnatorio [...] la parte recurrente tiene la carga de fundamentario en el plazo de diez o cinco días, según la naturaleza de la resolución que cuestiona [...]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA
SENTENCIA PLENARIA N.° 01-2013/301-A.2-ACPP

Lima, seis de agosto del dos mil trece.

VISTOS: En sesión plenaria con la participación de los señores fiscales supremos Pablo Sánchez Velarde y Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos, las decisiones discrepantes respecto a la determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso impugnatorio al que hace referencia el apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Que mediante Ejecutoria Suprema Vinculante, del 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 del 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.

Necesidad del requerimiento

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 del 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.

La innecesariedad del requerimiento

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 del 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.

El derecho al recurso y la pluralidad de la instancia

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.

Tutela jurisdiccional

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.

Plazo y derecho de defensa

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

Necesidad de los plazos

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.

Derecho al recurso

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, 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.

Quinto: 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

Naturaleza y cómputo de plazo

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.

Órgano y plazo de interposición

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.

Cumplimiento de los presupuestos como carga procesal para el impugnante

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.

Cómputo del plazo inicial del acto de fundamentación

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.

Presupuesto material objetivo

Octavo: Que en consecuencia, promovido el recurso impugnatorio —donde, básicamente, se elija 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, vencido el plazo o formalizado el recurso, el órgano jurisdiccional deberá realizar el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales del curso interpuesto dentro de los marcos legalmente previstos.

Plazo para calificar el recurso

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.

Fundamentación de la obligación de entregar la resolución correspondiente

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.

Entrada en vigencia de la interpretación

III. DECISIÓN PLENARIA

Por estos motivos y por unanimidad, **ACORDARON:**

I. Declarar que el apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales, debe interpretarse y aplicarse en el sentido de que el plazo para fundamentar o formalizar el recurso impugnatorio rige desde el día siguiente del acto de interposición del citado recurso.

II. DISPONER que el órgano jurisdiccional debe calificar el recurso interpuesto, vencido el plazo o fundamentado el recurso respectivo.

III. DETERMINAR que las sentencias o resoluciones que se emitan y lean en audiencia, deben ser entregadas inmediatamente a las partes para que estas, sin riesgos de indefensión material, puedan examinarlas y fundamentar debidamente sus impugnaciones.

IV. ESTABLECER que la unificación jurisprudencial, materia de la presente Sentencia Plenaria rige 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; esto es, desde el día miércoles diecisiete de julio del dos mil trece.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES

FUNDAMENTO PROPIO DEL SEÑOR PARIONA PASTRANA

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, podemos observar que no establece cuál es el momento para iniciar el cómputo del plazo Untes 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 del 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 —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..."

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. Solo 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 de 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 presentó que: "la solución al tema planteado es que el derecho a los recursos a ser de configuración legal solo 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 nene un presupuesto claro: la existencia de un deber jurídico. Solo 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 I 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 luna 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 (f.f.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 inadmisible 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

1 STC. Exp. N.° 10227-2006-HC/TC, caso Rodríguez Oliva, Fundamento jurídico N.° 3.

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 solo dos momentos: **a)** la interposición del recurso con la fundamentación del mismo; y **b)** La calificación del recurso por parte del Tribunal Superior.

La calificación del recurso de nulidad solo 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 solo 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 torno 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 tallo, 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 la 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.

S.
PARIONA PASTRANA

CAPÍTULO II
El Recurso de Apelación

I.
LA APELACIÓN DE AUTOS

1.
ACUERDO PLENARIO N.º 1-2012/CJ-116
LA APELACIÓN DE AUTOS Y CONCURRENCIA DE LA PARTE APELANTE A LA AUDIENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Acuerdo Plenario	**N.º 1-2012/CJ-116**
Fecha	18.01.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponente	Hugo Príncipe Trujillo
Tema	La apelación de autos y concurrencia de la parte apelante a la audiencia en segunda instancia
Doctrina legal	ff. jj. n.ºs 6-20
Concordancia	Código Penal, arts. 420.5 y 423.3

SUMILLA:

18. [E]l hecho de trasladar lo dispuesto es el artículo 423, apartado 3, del NCPP, que declara la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia por inasistencia del imputado a la audiencia, no puede aplicarse extensivamente a la impugnación de autos porque se aplica la analogía *in malam partem* y perjudica de esta manera al imputado, pese a que la norma contenida en el artículo 420 del acotado Código no lo señala en forma expresa.

19. [L]a sanción de inadmisibilidad del recurso por inasistencia a la audiencia es taxativa para los casos de apelación de sentencias, y siempre en casos en las que discute el juicio de culpabilidad pero no para la apelación de autos, lo cual no deriva de un olvido o error del legislador, porque claramente se advierte del apartado 5, del artículo 420, del NCPP [...] por tanto, si su asistencia a la audiencia es discrecional o facultativo, en tanto que la ley los faculta a asistir o no a un acto procesal, sería ilegítimo porque al ejercer un derecho sean sancionados penalmente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2012

ACUERDO PLENARIO N.º 1-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: La apelación de autos y concurrencia de la parte apelante a la audiencia en segunda instancia

Lima, dieciocho de enero del dos mil trece

Los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.° 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio de dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: El foro de aporte de temas y justificación, publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa, llevada a cabo del trece de agosto al treinta de octubre de dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de internet del Poder Judicial, con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país, a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo Penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre de dos mil doce, discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que se han conocido en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los nueve temas de agenda y sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre de dos mil doce, se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo (te la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre de dos mil doce. En ella, los representantes de

la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria, realizada en la fecha, con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria; donde intervinieron todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto por el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación del presente Acuerdo Plenario se realizó el día de la mencionada fecha. Como resultado del debate, y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Planteamiento del problema propuesto

6. Los juristas asistentes al VIII Pleno Jurisdiccional Penal de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en lo que respecta al presente tema, partieron del problema que existe en torno a que la inadmisibilidad de la apelación de autos, por inconcurrencia del recurrente, no está prevista expresamente en el artículo 420, apartado 5, del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante NCPP—, a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación de sentencias previstas en el artículo 423, apartado 3, del acotado Código.

7. En primer lugar, se escuchó la tesis defendida por el señor doctor Mario Pablo Rodríguez Hurtado, quien propugna que en la apelación de autos no es obligatoria la concurrencia del recurrente, puesto que en el inciso 5, del artículo 420, del NCPP se estipula explícitamente que "[...] a la audiencia de apelación de autos podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente", con lo que se advierte que la asistencia de la parte recurrente es discrecional; esto es, la ley los faculta a asistir o no a dicho acto procesal, sin que ello implique una sanción penal.

8. Por otro lado, el señor doctor Aldo Figueroa Navarro, juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, manifestó que el problema planteado se resuelve en vía de interpretación; esto es una cuestión interpretativa que se resuelve dentro de los alcances propios y

no extensivos de lo que se entiende por audiencia; pues si el apelante no concurre, no hay audiencia realizable y. por ende, el recurso de apelación debe declararse inadmisible. Dicho de otro modo, el artículo 420, inciso 5, del NCPP, no tiene un vacío que requiera ser llenado mediante la analogía, sino que puede integrarse por el sentido semántico, lógico y sistemático de la audiencia oral, contradictoria e inmediata.

§ 2. Aspectos generales

Impugnación procesal: Definición

9. Como punto de partida, es de afirmar que la impugnación procesal es el poder concedido a las partes y, excepcionalmente, a terceros, tendiente a lograr la modificación, revocación, anulación o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto. De otro lado, la impugnación es un derecho fundamental reconocido por la Constitución bajo el nombre de "pluralidad de la instancia"[1].

Impugnación : Naturaleza

10. La impugnación ampliamente considerada, se manifiesta como el poder y actividad reconocidos a las partes del proceso, y excepcionalmente también a terceros interesados, tendientes a conseguir la revocación, anulación, sustitución o modificación de un concreto acto de procedimiento, que se afirma incorrecto o defectuoso —injusto o ilegal—; es esta la causa del agravio que el acto produce al interesado.

Impugnación: Objeto

En ese contexto, el poder de impugnación como tal se ejercita dentro del proceso y tiende a obtener la modificación, revocación, anulación y sustitución de un acto procesal ilegal o injusto: se exhibe como una prolongación de los poderes de acción y excepción.

Derecho a la impugnación

11. El artículo I, inciso 4, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal establece como pauta garantizadora del derecho a la impugnación que "[...] las resoluciones son recurribles en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles del recurso de apelación". Es decir, eleva como categoría fundamental el derecho a recurrir, el cual es desarrollado posteriormente en el Libro IV del citado Código, donde se encuentran establecidos los preceptos generales de la impugnación —véanse los artículos 404 al 412—, y las regulaciones de los recursos —artículos 413 al 438—, así como también de la acción de revisión —artículos 439 al 445—; sin embargo, se debe precisar que este derecho fundamental no goza de carácter absoluto, pues la impugnación de las resoluciones judiciales solo procede por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley (véase el artículo 404, inciso 1, del NCPP).

1 Artículo 139, apartado 6 de la Constitución Política del Estado.

§ 3. Precisiones en torno a los enfoques sugeridos

12. En el Libro Cuarto, Sección IV, Título II, del NCPP, se regula y desarrolla todo lo concerniente a la "Apelación de Autos". Así, en el artículo 420, se encuentra previsto el trámite que se debe llevar a cabo; mientras que en el Título III se regula todo lo referido a la "Apelación de Sentencias", desde el artículo 421 al 424 del NCPP.

Sin embargo, lo que resulta materia de análisis es lo estipulado en el inciso 5, del artículo 420, del NCPP: "A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra".

Trámite de la audiencia de apelación de autos

13. Al respecto, se advierte que en los distritos judiciales de Huaura, Lambayeque y La Libertad se emiten resoluciones que según su contenido establecen como criterio y desarrollo jurisprudencial la obligatoriedad de la parte apelante. Así, por ejemplo, se tiene la resolución número diez, del veintitrés de enero de dos mil nueve, recaída en el Expediente N.° 2008-00657-87-1308-PE-1, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura. Esta resolución, según su propio contenido, establece como criterio o desarrollo jurisprudencial la obligatoriedad de la palé apelante —pese a que cumplió con fundamentar su recurso—, de asistir a la Audiencia de Apelación "[...] bajo apercibimiento, en caso de inconcurrencia de su abogado defensor, de declararse nulo el concesorio e inadmisible la apelación interpuesta". Como se puede advertir lo señalado en la citada resolución es controversial por ir en contra de lo señalado en el apartado 5 del artículo 420 del NCPP. Posición que se refuerza si se tiene en cuenta que en la misma resolución existió un voto en discordia del doctor Luis Alberto Vásquez Silva, quien no estuvo de acuerdo con el voto en mayoría de sus colegas porque lo consideró una evidente arbitrariedad.

¿Obligatoriedad del apelante de asistir a la audiencia de apelación?

14. Por su parte, en el distrito judicial de Lambayeque también se ha adoptado el criterio de obligatoriedad de la concurrencia de las partes procesales a la audiencia de la apelación de autos; de tal forma que en el Expediente N.° 2786- 2010, por resolución número trece, del dieciocho de mayo de dos mil once, se deja entrever la inconcurrencia de la apelante y su abogada, y se señala en el considerando primero: "[...] conforme se infiere, lo dispuesto en el artículo 420, inciso 5, del

NCP, la asistencia de la parte apelante y de su abogado es indispensable para la realización de la audiencia de apelación de auto, pues el abogado tiene que informar oralmente las razones de la impugnación, las mismas que deben ser puestas en conocimiento de las partes asistentes y sobre la base del debate que se produzca, el Colegiado tiene que resolver oralmente de inmediato".

¿Obligatoriedad de asistencia del abogado?

15. En el distrito judicial de La Libertad también se ha producido la misma situación, materia de análisis, en el sentido de que ante la inconcurrencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de autos se aplicará supletoriamente lo señalado para la audiencia de apelación de sentencia. Así, por ejemplo, en el Expediente N.° 846-2010 emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante resolución número cinco, del once de marzo del dos mil once, se declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto por la parte apelante, porque no asistió a la audiencia de apelación de autos.

Los miembros de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad actuaron de manera similar en el Expediente N.° 6027- 2009, en el cual, mediante resolución número diez, del catorce de marzo de dos mil once, que declara la inadmisibilidad del recurso de impugnación interpuesta por la parte apelante, y se registra como incidencia su no asistencia a dicha audiencia de apelación de autos.

Inadmisibilidad del recurso de apelación por inasistencia a la audiencia de apelación

Sin embargo, con fecha veintiséis de agosto del dos mil once, los jueces integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante resolución número siete, contenida en el Expediente N.° 3235-2010, señalaron en forma expresa que "[...] variando la práctica procesal penal seguida desde la implementación del Código Procesal Penal, este Colegiado cambia de criterio y práctica en la aplicación del desarrollo de la audiencia de apelación de autos, en el sentido de que se aplicará de ahora en adelante lo dispuesto en stricto sensu por el artículo 420, inciso 5, del NCPP, en cuanto a la tramitación de la audiencia de apelación de autos; por lo que resulta obvio que este cambio de prácticas e interpretación del procedimiento respecto a la sustanciación de la apelación de autos rige a partir de la presente audiencia hasta que haya una nueva fundamentación que avale a la misma, la modifique o lo que fuere pertinente". De esta forma, es a partir de esta resolución que la Corte Superior de Justicia de La Libertad se aparta del criterio acogido de obligatoriedad de la concurrencia de la parte apelante a la audiencia de apelación de autos, aplicada supletoriamente de la audiencia de apelación de sentencia.

Apartamiento del criterio de obligatoriedad de concurrencia

§ 4. Análisis del problema propuesto

16. Al respecto, se debe partir de la afirmación que tal como se desprende de la aludida norma, la realización de la audiencia de apelación se llevará a cabo con la presencia de los sujetos procesales que voluntariamente decidan concurrir a la citada audiencia, sin ser necesaria la presencia obligatoria del concurrente; con lo que claramente se advierte que existe un tratamiento diferenciado, dado a la apelación de autos con el de apelación de sentencias, pues en este último supuesto se podrá declarar inadmisible el recurso de apelación del inconcurrente, absteniéndose la Sala Superior de pronunciarse sobre el fondo del recurso.

Apelación de auto y sentencias: Diferencias

17. La naturaleza procesal de la apelación de sentencias es la revisión de la decisión de la primera instancia, en la que dado al principio de contradicción y de asistencia efectiva se requiere la presencia obligatoria de la parte recurrente; por lo que en caso de su inconcurrencia se genera como gravamen, la inadmisibilidad del recurso, lo que perjudica única y exclusivamente a dicha parte recurrente, caso que no se puede aplicar supletoriamente con la audiencia de apelación de autos, puesto que no se requiere presencia, puesto que no se realiza juicio alguno.

Obligatoriedad del recurrente a la audiencia de apelación de sentencia

18. En este punto, se debe tener en cuenta que el artículo VII, del Título Preliminar, apartado 3, del NCPP, señala expresamente que "[...] la ley que coapta la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de la persona, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos".

Interpretación restrictiva de la ley procesal penal

De la norma acotada, se puede colegir que el hecho de trasladar lo dispuesto es el artículo 423, apartado 3, del NCPP, que declara la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia por inasistencia del imputado a la audiencia, no puede aplicarse extensivamente a la impugnación de autos porque se aplica la analogía *in malam partem* y perjudica de esta manera al imputado, pese a que la norma contenida en el artículo 420 del acotado Código no lo señala en forma expresa. Por tanto, no es aplicable el apartado 3, del artículo 423, del NCPP, donde se señala la inadmisibilidad del recurso, pese a haber sido fundamento porque toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional protegida constitucionalmente; tanto más si se tiene en cuenta que la interpretación sistemática que se buscaría hacer de dicho numeral no sería a favor del reo sino en contra del mismo, vulnerándose el principio de la función jurisdiccional.

¿Aplicación extensiva del art. 423.3 del CPP?

19. En otras palabras, no se puede obviar que la sanción de inadmisibilidad del recurso por inasistencia a la audiencia es taxativa para los casos de apelación de sentencias, y siempre en casos en las que discute el juicio de culpabilidad pero no para la apelación de autos, lo cual no deriva de un olvido o error del legislador, porque claramente se advierte del apartado 5, del artículo 420, del NCPP, que señala expresamente que "[...] a la audiencia de apelación de autos podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente"; por tanto, si su asistencia a la audiencia es discrecional o facultativo, en tanto que la ley los faculta a asistir o no a un acto procesal, sería ilegítimo porque al ejercer un derecho sean sancionados penalmente.

Carácter taxativo de la inadmisibilidad del recurso de apelación por inasistencia a la audiencia

20. Finalmente, se debe dejar sentado que el NCPP, en su artículo 420, apartado 5, al señalar que las partes procesales podrán concurrir a la audiencia de apelación de autos, no contraviene ningún derecho, pues, como ya se explicó precedentemente, es una facultad discrecional de las partes de asistir o no a la audiencia de apelación de autos; mientras que el artículo 423, apartado 3, del citado Código, regula que a la audiencia de apelación de sentencia las partes procesales tendrán que concurrir de manera obligatoria, puesto que en esta se analiza un nuevo juicio oral, por lo que es estrictamente necesaria la presencia de la parte recurrente; por consiguiente, no es posible que de manera supletoria y extensiva se traslade el carácter de obligatoriedad de la parte recurrente a la audiencia de apelación de autos. De ahí que cuando el impugnante no concurra a la audiencia de apelación de autos, el órgano revisor no debe declarar inadmisible el recurso —como sucede en la apelación de sentencias— sino resolver el fondo de aquel; en provecho de la persecución regular de la causa, según las normas del Nuevo Código Procesal Penal.

Asistencia a la audiencia de apelación de autos: Facultad discrecional de las partes

III. DECISIÓN

21. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON

22. ESTABLECER, como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 20 del presente Acuerdo Plenario.

23. PRECISAR que, los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias

judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22, de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

24. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

25. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ TELLO GILARDI/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES

CAPÍTULO III
La Acción de Revisión

1.
SENTENCIA PLENARIA N.° 1-2015/301-A.2-ACPP
LOS MAGISTRADOS QUE EMITIERON DECISIÓN PREVIA, EN APARIENCIA, NO SE HALLAN EN CONDICIÓN DE IMPARCIALIDAD

Sentencia Plenaria	**N.° 1-2015/301-A.2-ACPP**
Fecha	05.05.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Jorge Luis Salas Arenas y José Antonio Neyra Flores
Tema	Determinación de la culpabilidad de funciones del juez supremo que ha de conocer de una acción de revisión cuando anteriormente, intervino en el proceso penal declarativo de condena que motiva la impugnación.
Doctrina legal	f. j. n.° 9
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 439

SUMILLA:

Vigésimo: [...] No es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia produjo del juicio oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. En estos supuestos, sin duda, las referencias a la parcialidad del juez se pueden considerar objetivamente justificadas.

[...]

Vigésimo segundo: [...] Los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad , para el accionante y ante la colectividad en cuyo nombre ejerce función, Ay si bien el juez no necesariamente debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo no tengan sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no parcial, lo que en este caso no se cumple, por tener el magistrado una posición formada y concretamente expresada en relación al caso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA
SENTENCIA PLENARIA N.° 1-2015/301 -A.2-ACPP

Lima, cinco de mayo del dos mil quince

VISTOS: En Sesión Plenaria, con la participación de los señores jueces supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de esta Corte Suprema, el asunto relativo a la determinación de la compatibilidad de funciones del juez supremo que ha de conocer de una acción de revisión cuando anteriormente, intervino en el proceso penal declarativo de condena que motiva la impugnación.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Mediante resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil catorce, recaída en la acción de revisión número cincuenta y cuatro-dos mil catorce-Lima, se decidió el pedido de inhibición del señor juez supremo Príncipe Trujillo, quien se excusó del conocimiento de la acción de revisión, por cuanto: (i) Conformó la Sala Penal Especial Suprema que juzgó y condenó al ahora accionante Fujimori Fujimori por el caso conocido como "Barrios Altos" y "La Cantuta" (expediente A. v. número diecinueve-dos mil uno), (ii) el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales establece una causal abierta de duda en la imparcialidad judicial y, iii) al haber formado parte del Tribunal que emitió la sentencia condenatoria respecto del citado promotor de la acción, ya formó y expresó un criterio sobre su responsabilidad.

Segundo: En tal oportunidad, los integrantes de la Sala Penal Suprema Permanente señalaron que la acción de revisión es autónoma a cualquier proceso anterior, puesto que las causas de conocimiento son distintas al proceso que declaró la responsabilidad, y que en la etapa de calificación e admisibilidad de la revisión solo se verifica la presencia de los requisitos exigidos en los incisos uno y dos del artículo trescientos sesenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, por lo que declararon infundada la inhibición planteada.

Tercero: No obstante ello, advierte el Supremo Tribunal que no existe uniformidad de criterio en cuanto a que el magistrado que condenó o intervino en la decisión de condenar a un imputado esté o no habilitado para resolver la acción de revisión de sentencia que éste formule; estableciéndose así la necesidad de convocar a un Pleno, de conformidad con lo preceptuado por el artículo trescientos uno-A del citado Código.

Cuarto: Por Resolución Administrativa número 175-2015-P-PJ, del treinta de abril de dos mil quince, 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: Realizado el debate correspondiente entre los señores jueces supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia y efectuada la deliberación y votación correspondiente, se llegó a una decisión unánime que, en este acto, se formaliza.

Intervienen como ponentes, por encargo del Pleno, los señores SALAS ARENAS y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El proceso de revisión

Primero: Esta clase de acción tiene por finalidad rescindir sentencias condenatorias; como ha anotado Gómez Orbaneja[1], es un medio de revocación de sentencias firmes que ha de basarse por fuerza, en otros hechos o elementos de prueba, que el órgano que dictó el fallo hubiere podido conocer, pero que no conoció y esos datos han de ser tales que, de haber constado en la causa, el resultado hubiera sido distinto.

Proceso de revisión: finalidad

Por su parte, GIMENO SENDRA señala que la revisión penal es una acción de la impugnación autónoma, de naturaleza excepcional y restrictiva, que busca rescindir una sentencia condenatoria que ha adquirido la calidad de cosa juzgada irrevocablemente. Se sustenta exclusivamente en motivos específicamente tasados por la ley[2].

Revisión penal: definición

Segundo: La revisión —en tanto medio de rescisión de sentencias firmes— no se ampara en la mera existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. No se basa en el examen de errores en el juzgamiento o en la valoración de la prueba, menos aún en errores *in iudicando*[3][4]. Su fundamento reside en la necesidad de consolidar y preservar derechos y principios tales como la defensa, presunción de inocencia y tutela jurisdiccional. Es decir, se reconoce el valor de la justicia material —que deriva de la

Revisión penal: fundamento

1 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Derecho Procesal Penal.* 1967, p. 296. Citado por GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia.* Tomo 7. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 414 y 415.

2 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal,* Primera Edición, Colex, Madrid, p. 769.

3 VIDE, Revisiones de Sentencias N.° 244-2014-NCPP y 198-2014-NCPP

4 PABON GOMEZ, German, *De la casación y la revisión penal en el Estado constitucional, social y democrático de derecho,* segunda edición, doctrina y ley, Bogotá p.830.

verdad histórica de los hechos y la rectitud del juzgamiento— por encima del carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, para permitir una impugnación de una sentencia firme, eliminar su eficacia y permitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal.

Revisión penal: carácter excepcional

Tercero: La acción de revisión tiene un carácter excepcional, pues su objeto es la rescisión de sentencias firmes y, con ello, excepcionar la institución de la cosa juzgada, que integra la garantía genérica de la tutela jurisdiccional. Implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.

Cuarto: El artículo 439 del Nuevo Código Procesal Penal establece un listado de seis motivos expresos y específicos de procedencia de la acción de revisión. Son los siguientes:

Procedencia de la acción de revisión

A. Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.

B. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.

C. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.

D. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

E. Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.

F. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

Quinto: Las causales citadas importan una objetivización de los criterios subjetivos de sospecha de presunta parcialidad judicial. Comprenden defectos gravísimos que indudablemente hacen que el

proceso no pueda servir como válido en el ordenamiento jurídico[5]. Los motivos se pueden concentrar en tres grupos: **i)** Pruebas falsas o delitos por o contra el juez (artículos 439 apartados 3 y 5 del Nuevo Código Procesal Penal); **ii)** nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (artículo 439 apartados 1, 2 y 4 del Nuevo Código Procesal Penal); y, **iii)** error jurídico: cuando la ley penal fue declarada inconstitucional o se implicó (artículo 439 apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal)[6].

Causales de revisión: clasificación

Sexto: Se advierte que los supuestos de procedencia expresan de forma manifiesta la injusticia material de la condena. No obstante que la procedencia y fundabilidad se basa en los motivos citados, en ciertos casos la determinación de la nulidad de la condena que tuvo calidad de cosa juzgada, y posterior absolución, no solo dependerá de la acreditación de la configuración de la causal, sino de una previa valoración conjunta de los medios de prueba. Ello se advierte claramente en el sentido del apartado cuatro del artículo citado, que no se limita solo a anular la condena cuando se descubre un hecho o un medio de prueba no conocido, sino que existen casos en los que deviene en necesario valorar la nueva prueba en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas, para anular la decisión, es decir, el propio Código admite la necesidad de una revaloración de lo actuado.

Injusticia material de la condena y nulidad

Séptimo: Hipótesis similares surgen de los casos en los cuales una prueba decisiva carece de validez o que la condena se basó únicamente en un delito del juzgador (inciso cinco del artículo citado), en tales casos la absolución, que es posible por imperio del apartado uno, del artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro, del Código citado, se efectuará valorando la insuficiencia de los medios probatorios subsistentes que fundamentaron la condena que se revisa. Cabe resaltar que en el primer supuesto del apartado "E", la intensidad de la connotación personal del cuestionamiento es notable.

Validez de la prueba y absolución

2. La imparcialidad

Octavo: La imparcialidad es un elemento básico dentro de cualquier proceso jurisdiccional para afirmar la existencia de un proceso justo o debido proceso. Es una garantía que informa la función jurisdiccional y que se obtiene por la suma del factor de la neutralidad del magistrado

Principio de imparcialidad

5 NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Euro Editores, Buenos Aires, 2012, p. 335.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Tercera Edición, Lima, 2004, p. 914.

y su desinterés en el objeto del litigio[7]. Asimismo, tiene una conexión con la confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial[8].

Imparcialidad: doble connotación

Esta garantía procesal tiene una doble connotación: de un lado, es un atributo del juez y, del otro, es una garantía de los justiciables, pues determina que el caso sometido a su conocimiento se resolverá sin existir dudas sobre el desempeño transparentemente equidistante en su función jurisdiccional.

Definición de imparcialidad

Noveno: La imparcialidad puede definirse, entonces, como la situación en que se encuentra el juez, fuera por completo, real y aparencialmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo. No basta con que un juez sea auténticamente imparcial, o que se sienta así incluso. Para la conservación de su *auctoritas* ante la ciudadanía es imprescindible que también "parezca" imparcial.

"Sesgo de confirmación"

En los supuestos de intervención del juez en ámbitos propios de la decisión sobre un concreto objeto procesal, lo que se pretende evitar es la Incidencia del "sesgo de confirmación" (explicado por la psicología), que se produce cuando una persona que ya ha tenido oportunidad de sentar previamente criterio sobre una materia, se le pone *a posteriori* en disposición de tomar una nueva decisión sobre el mismo asunto[9].

El sesgo confirmatorio se afirma en el sopesamiento subconsciente del costo del error para quien se ve forzado a replantear lo que antes decidió.

Recusación e inhabilitación

Décimo: La recusación y la inhibición son instrumentos para afirmar y hacer prevalecer la imparcialidad judicial —que afecta a la jurisdicción como función, que no como protestad que es propia de la independencia—, y, con ello, integra la garantía del debido proceso, regulada en el artículo 139, apartado 3 de la Constitución, de un juicio justo. En este sentido, la inhibición como la recusación son técnicas de garantía de la imparcialidad judicial que tienen por objetivo común preservar la legalidad de las decisiones judiciales y evitar que motivos extraños al Derecho puedan llevar al juez a desviarse de la legalidad en la toma la decisiones.

7 CORDÓN MORENO, Faustino, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 101.

8 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 58.

9 NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal I. Introducción*, Marcial Pons, Madrid, 20147, pp. 129 y 133.

Décimo primero: Las causales de inhibición y de recusación de los jueces regulados en el artículo 53 del Nuevo Código Procesal Penal son:

a. Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviera su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguna de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.

Causales de recusación e inhabilitación

b. Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.

c. Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.

d. Cuando hubieran intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o víctima.

e. Cuando existe cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Décimo segundo: El "Código de Bangalore sobre Conducta Judicial", promovido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 2001[10], entre otros valores —principios—, aborda el Valor 2, relativo a la imparcialidad, descrita como aquel principio "esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no solo a la decisión en sí misma sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión".

"Código de Bangalore sobre conducta judicial: alcance aplicativo

Su alcance aplicativo se organizó en cinco aspectos: **a.** Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio; **b.** Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantenga y aumente la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura; **c.** Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos; **d.** Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez,

10 Elaborado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y revisado por la Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores realizada en La Haya (Países Bajos) del 25 y 26 de noviembre del 2002, habiendo sido refrendado por ochenta países.

este no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto; y, e. Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente.

Décimo tercero: Se reconoce en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8.1, cuando señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

Derecho a ser oído

Décimo cuarto: Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias recaídas en los casos Apitz Barbera y otros vs Venezuela, del cinco de agosto del dos mil ocho y Barreto Leiva vs. Venezuela, del diecisiete de noviembre de dos mil nueve, señaló que la imparcialidad objetiva consiste en que el juez ofrezca garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad (ello, asentándose en el caso *Daktaras v. Lithuania* del TEDH).

Imparcialidad objetiva

Décimo quinto: En el Perú, el Tribunal Constitucional identifica las vertientes objetiva y subjetiva de la imparcialidad[11]. Así, la imparcialidad subjetiva[12] se refiere a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en que el magistrado —entiéndase, el juez—, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión, litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o

Imparcialidad: objetivo y subjetivo

11 Exp N.° 02568-2011-PHC/TC, 09 de noviembre del 2011, Fundamento 10.

12 En el caso de la imparcialidad personal o subjetiva, el Tribunal Europeo ha precisado que esta se presume a menos que exista prueba en contrario, en tanto que se relaciona con la convicción personal del juez o de los integrantes del tribunal en un caso determinado. Cfr. Caso Daktaras vs. Lituania.

con el resultado del mismo. Su cariz objetivo[13], en cambio, está referido a la influencia peyorativa que puede transmitirle al juez la estructura del sistema, en merma de su imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Décimo sexto. Ahora bien, la definición de intervención anterior del eso del magistrado -que puede subsumirse en el literal d) o, en su defecto, en el literal e) del artículo 53 del Nuevo Código Procesal Penal, no se refiere o cualquier participación en el mismo proceso como causa para configurar un supuesto de recusación, sino que alude a la actuación en la decisión definitiva que concluye con una determinada instancia procesal[14]. De esta forma, no todos los supuestos en los que hubiera existido un conocimiento anterior por parte del juez decisor pueden conceptuarse como instancia anterior, como ocurre en los casos de decisiones interlocutorias o en los supuestos de nulidad de una resolución que ordena la retroacción de actuaciones al momento en que se cometió el error.

Imparcialidad y separación de funcienes

Décimo séptimo: Como se advierte, una faceta que se desprende de este aspecto objetivo es el de la separación de funciones, pues la pluralidad de fases en el proceso penal determina la intervención de jueces funcionalmente y competentemente diferentes.

Objeto de la imparcialidad

Décimo octavo: Pero en tal materia no se agota este aspecto de la imparcialidad, puesto que la razón subyacente es que no se afecte de ningún modo las funciones que la ley ha asignado al juez en cada momento procedimental, en ese sentido, no sería conveniente que quien juzgó en primera instancia un proceso, conozca de los recursos posteriores sobre este caso[15], pues ya tendría una opinión formada respecto al caso[16].

13 En la imparcialidad objetiva el juez o tribunal "debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho", Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

14 GALÁN GONZÁLEZ, Candela, *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 241

15 MONTERO AROCA. Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 91.

16 Un entendimiento distinto haría factible que si se anulara la sentencia disponiéndose prueba no actuada, quedará habilitado el colegiado o el juzgado que emitió la pena decidida.

3. El proceso de revisión y la imparcialidad

Revisión penal: análisis de la condena

Décimo noveno: Como bien se precisó, la acción de revisión implica el análisis de una condena que adquirió la calidad de cosa juzgada, y a pesar de ser un proceso autónomo e independiente, su indesligable antecedente lógico es el proceso declarativo del que se derivó la sentencia que se cuestiona, respecto al cual —en la mayoría de los casos— debe completar su análisis con la prueba de cargo que anteriormente valoró.

Parcialidad justificada

Vigésimo: En tal sentido, no es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia produjo del juicio oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. En estos supuestos, sin duda, las referencias a la parcialidad del juez se pueden considerar objetivamente justificadas.

Vigésimo primero: Como ya se puntualizó, la imparcialidad de los magistrados judiciales es una garantía que debe asentarse en la confianza de los ciudadanos en el valor justicia.

Imparcialidad judicial como garantía

La garantía de imparcialidad objetiva establece, tal como se anotó, una incompatibilidad de funciones del juez que participa en la instancia anterior o en otra sede o proceso conexo para conocer el objeto de la revisión de sentencia. En consecuencia, la existencia del temor fundado en aquella falta de imparcialidad del juez que intervino anteriormente, justifica el apartamiento del magistrado a fin de no perjudicar sus intereses de redención de justicia a través de la acción de revisión[17].

Vigésimo segundo: En ese contexto, los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad , para el accionante y ante la colectividad en cuyo nombre ejerce función, Ay si bien el juez no necesariamente debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar; sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo no tengan sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no parcial[18], lo que en este caso no se cumple, por tener el magistrado una posición formada y concretamente expresada en relación al caso.

17 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y Derecho al Juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 187-188.

18 FERROLOU, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1998, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, p. 582.

III. DECISION PLENARIA

Por estos motivos, por unanimidad:

I. DECLARARON que el juez supremo que participó en el proceso del cual se derivó la condena del accionante en revisión, resolviendo sobre su responsabilidad, el recurso de nulidad o el recurso de casación, no puede avocarse al conocimiento de su demanda de

II. DISPUSIERON que la relatoría, en cada acción de revisión, de cuenta de la existencia de esta incompatibilidad para disponer lo correspondiente.

III. ESTABLECIERON que la unificación jurisprudencial, materia de la presente Sentencia Plenaria, rige desde el día siguiente de la publicación en el diario oficial *El Peruano*.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNERJO (*)/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/

BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES / LOLI BONILLA

(*) Se deja constancia que el señor Lecaros Cornejo no interviene en la suscripción de la sentencia plenaria, por cuanto a la fecha de ser emitida no era integrante de las Salas Penales Permanente y/o Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

SECCIÓN QUINTA
LOS PROCESOS ESPECIALES

CAPÍTULO I
El Proceso Inmediato

I.
ACUERDO PLENARIO N.° 2-2016/CIJ-116
PROCESO PENAL INMEDIATO REFORMADO. LEGITIMACIÓN Y ALCANCES

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2016/CIJ-116**
Fecha	01.06.2016
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, Jorge Luis Salas Arenas, José Antonio Neyra Flores
Tema	Proceso penal inmediato reformado. Legitimación y alcances
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-12 y 15-24
Concordancia	Nuevo Código Procesal Penal: art. 446, incs. 1 y 2

SUMILLA:

22. [E]l proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. La opción que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será —previo debate contradictorio— dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso de seguridad (artículo 458.1 NCPP) [...].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.° 2-2016/CIJ-116

Base legal: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Proceso penal inmediato reformado. Legitimación y alcances

Lima, uno de junio del dos mil dieciséis

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos **(i)** a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, **(ii)** al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero del 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (juez superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), Horts Schönbohm (juez alemán jubilado), César Nakasaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima) y Bonifacio Meneses Gonzales (juez superior de Lima, Coordinador Nacional de la implementación de los juzgados de Flagrancia).

4. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal penal, así

como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores para la formulación de la ponencia referida al "Proceso inmediato reformado". Presentada la ponencia pertinente, en las sesiones de fechas diez de febrero, dieciocho de mayo y uno de junio se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5. El presente Acuerdo Plenario, se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco preliminar

6. El Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, NCPP) estructuró el proceso penal a partir de un procedimiento común, destinado, desde una perspectiva general, a todo tipo de delitos y situaciones procesales —que a su vez se erigió en el procedimiento ordinario, bajo la primacía del principio procesal de contradicción y del principio procedimental de oralidad—, y con la plena asunción de las garantías constitucionales procesales que definen todo proceso jurisdiccional justo y equitativo, acorde con el programa procesal penal de la Constitución.

Procedimiento Común

Asimismo, el NCPP incorporó un conjunto de procesos especiales (Libro Quinto) que se sustentaron en la necesidad de tomar en cuenta diversas circunstancias, de derecho penal material y de derecho procesal penal; así como en la asunción de distintas modulaciones en la configuración de determinadas garantías procesales específicas y en la concreción diferenciada de varios principios procesales y procedimentales, con la finalidad de plasmar respuestas institucionales en la persecución procesal, adecuadas y proporcionales a los fundamentos que les dieron origen.

Procesos Especiales

7. Sin duda, el proceso inmediato nacional —de fuente italiana—, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua

de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad —para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia—, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de "evidencia delictiva"; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal.

Proceso inmediato: simplificación procesal

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto: **(i)** de evidencia delictiva y **(ii)** de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446, apartados 1 y 2, del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, de 308-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable —aunque no irrazonablemente—las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Proceso inmediato: presupuestos materiales

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: "La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente".

Interpretación de la ley procesal penal

8. La "prueba evidente" o "evidencia delictiva" se define a partir de tres instituciones —dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP, que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato—: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

Supuesto de prueba evidente

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe,

Concepto de delito flagrante

al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.

Notas sustantivas y adjetivas de la flagrancia

Las *notas sustantivas* que distingue la flagrancia delictiva son: **a)** inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, **b)** inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. *Las notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: **a)** la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) —nunca meramente presuntiva o indiciaria— de ambas condiciones materiales; y, **b)** la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de "delito flagrante" requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).

Tipos de flagrancia

Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: **1.** Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. **2.** Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. **3.** Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención —en pureza, que viene de "intervenir"— en el hecho delictivo [López Betancourt, Eduardo, *Derecho Procesal penal*, Segunda edición, México: Iura Editores, p. 95].

Configuración de flagrancia

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación

de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Flagrancia y prueba directa

Es cierto que la modificación del artículo 259 NCPP, establecida por la Ley N.° 29596, de 25-8-2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado —notas sustantivas de la flagrancia delictiva—, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa —incluso a través de medios audiovisuales—, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina "diligencias policiales de prevención" [Conforme: GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho Procesal penal*, Segunda edición, Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].

Flagrancia y proceso inmediato

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir —este sería el caso—, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva —por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario— [MARTÍN MORALES, RICARDO. "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 01-02, 1999, p. 2]. La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la

Variación en la interpretación de la flagrancia

investigación y en la celebración del juicio [BRICHETTI, GIOVANNI, *La "evidencia" en el Derecho Procesal penal.* Buenos Aires: Editorial EJEA, 1973, p. 169].

Debe asumirse que el supuesto de "flagrancia presunta" puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que "[...] *la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita cómo llegaron a su poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de este, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, como la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante*". [AGUSTÍN -JESÚS PÉREZ- CRUZ MARTIN y otros, *Derecho Procesal penal*, Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691].

Flagrancia presunta: dificultades

B. El delito confeso está definido en el artículo 160 NCPP. Por razones de simplificación procesal, la regla para su admisión será la denominada "confesión pura o simple", en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra —relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito—. Ese reconocimiento de los hechos por él cometidos (confesión propia), ha de ser libre —sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño— y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, **(i)** debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; **(ii)** debe ser sincera —verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos— y espontánea —de inmediato y circunstanciada—; y, como requisito esencial de validez, **(iii)** ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación —fuentes o medios de investigación—, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de "prueba plena", se erigía en la "*regina probatorum*" [Gimeno Sendra, Vicente. *Obra citada*, p. 559].

Definición de delito confeso

La "confesión calificada", es decir, la incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal [BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS, *Derecho*

Procesal penal. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497], en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por sí aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

Confesión calificada

C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. Cuando la ley hace mención a la denominada "prueba evidente" exige una prueba que inmediatamente, esto es, prima facie, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad [BRICHETTI, GIOVANNI, *Obra citada*, p. 17].

Delito evidente

Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión —en tanto supuestos propios de evidencia delictiva—, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es, idóneos y con suficiente fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de "prueba evidente" está referido a la valoración del resultado de la prueba —si esta se produce de un modo seguro y rápido— y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo [BRICHETTI, GIOVANNI. *Obra citada*, pp. 6870, 191].

Eficacia de los actos iniciales de investigación

Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse "evidencia" como traducción equívoca de la voz inglesa "*evidence*", pues esta última significa, simplemente, "prueba" o "cada una de sus especies"

[CABANILLAS DE TORRES, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Volumen III. Trigésima Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 665].

Evidencia y "evidence"

9. La "ausencia de complejidad o simplicidad procesal" tiene una primera referencia —no la única— en el artículo 342. 3 NCPP, modificado por la Ley N.° 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agraviados, hechos delictuosos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación —tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse—, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella —lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo—. Estos supuestos, como es obvio, demandan un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpación formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [BARONA VILAR, SILVIA y otros, Derecho Jurisdiccional, Tomo III, 22.ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 587].

Ausencia de complejidad o simplicidad procesal

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento [BARONA VILAR, SILVIA, *obra citada*. p. 588] permiten apartar del proceso inmediato **(i)** hechos complejos —en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos—; o, **(ii)** en el que existen motivos razonables para dudar —que no descartar radicalmente— tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia *ab initio* del resultado incriminatorio.

Simplicidad de actos de investigación y proceso inmediato

La necesidad de especiales —o específicas— averiguaciones acerca del hecho o de su autor o partícipe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el

desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la inmediación del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos de convicción -seguridad del material probatorio-, que es la base de la investigación preparatoria [Leone, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal penal* ,Tomo II, Buenos Aires: Ediciones EJEA, 1963, pp. 457-458].

Seguridad del material probatorio y proceso inmediato

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación —a lo complicado y/o extenso del mismo—, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa —por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera—.

Complejidad del caso

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos —a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los indiciados en el hecho o hechos delictuosos—. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva —prueba evidente— debe comprenderlas acabadamente.

Imputables varios y prueba evidente

10. Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal —en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor—. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justificar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

Proceso inmediato y gravedad del hecho

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una

actividad probatoria más intensa y completa —tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)— Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena —siempre, un *factum*—, para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

Investigación de delitos graves

La determinación de lo que debe estimarse como "delito especialmente grave" no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal —en adelante, CP— y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos **(i)** con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 108-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 189, tercer párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); **(ii)** con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 108-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153-A, segundo párrafo, CP); o, **(iii)** con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

Delito especialmente grave: aproximación

11. La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla —que es lo prima y se denomina "ámbito de aplicación"—. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito,

Proceso inmediato: ámbito de aplicación

las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales —investigación sencilla—.

12. El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: **1.** Audiencia única de incoación. **2.** Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Fases del proceso inmediato

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: **(i)** de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio; y, **(ii)** de realización del juicio propiamente dicho.

Proceso inmediato: presupuestos y requisitos

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde "[...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos" (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio —es la meta— del proceso penal en el sistema eurocontinental. Los apercibimientos ante la inconcurrencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su concurrencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

Citación a los órganos de prueba

§ 2. Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

13. El proceso inmediato reformado, en tanto en cuanto se circunscriba a los delitos evidentes y a los supuestos de investigación simple o sencilla en modo alguno afectan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y la defensa procesal. No es un proceso configurado legalmente para

condenar a los imputados. Precisamente la realización de las audiencias de incoación y de juicio permite esclarecer probatoriamente el hecho punible con pleno cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, inmediación y oralidad. No es, pues, un proceso "ofensivo" tendente a condenar irremediablemente al imputado. El rigor para dilucidar la existencia de sus presupuestos materiales y la ulterior de actuación contradictoria de la prueba, afirman la vigencia de la garantía de presunción de inocencia. Por consiguiente, si el resultado probatorio no arroja la presencia de prueba legal, fiable, corroborada y suficiente —que son elementos insustituibles para cumplir con esta garantía-derecho fundamental—, el juez está en la obligación de dictar sentencia absolutoria.

Proceso inmediato reformado: legitimidad constitucional

14. Desde esta perspectiva, algún sector de la comunidad jurídica consideró que los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y los delitos de omisión de asistencia familiar —que deben considerarse como conductas propias de delincuencia común—, presentaban dificultades para cumplir con las exigencias que requiere el proceso inmediato reformado.

A. Los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción afectan la seguridad pública o colectiva —concretamente, la seguridad del tráfico rodado—. En tanto constituyen delitos de peligro real, ponen en riesgo la vida e integridad de las personas ante la vulneración de las disposiciones sobre circulación de vehículos, riesgo que abarca a toda la colectividad, como grupo genérico e indeterminado. El tipo legal se dirige tangencialmente también a la protección de la vida y la integridad física de las personas (STCE 2/2003, de 16 de enero), y requiere **(i)** la conducción en estado de ebriedad o drogadicción de un vehículo automotor, **(ii)** la disminución acreditada de la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia, **(iii)** la minoración de la seguridad del tráfico (STCE 319/2006, de 15 de noviembre), "[...] para lo cual, se tendrá en cuenta no solo el grado de impregnación alcohólica o de otra sustancia similar detectada en el sujeto activo, sino también todo un cúmulo de circunstancias concomitantes al supuesto en particular: somáticas, espaciales, temporales, meteorológicas" [Carmona Salgado, Concepción y otros, *Derecho Penal español.* Tomo II, Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 781].

Delito de conducción en estado de ebriedad: alcances

Lo protegido no es, en última instancia, algo sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de personas concretas, respecto a las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental [Tamarit Sumalla, José María y otros.

Objeto de protección

Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 1078].

B. Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la "seguridad" de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal.

Delito de omisión de asistencia familiar: alcances

15. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4, del artículo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurran los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.

Proceso inmediato por omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad

La justificación constitucional del proceso inmediato —su fundamento material— se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional.

Justificación constitucional del proceso inmediato

El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria —la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el "no poder cumplir", sino el "no querer cumplir" (STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo [Prats Canut, José Miguel, *Comentarios, Obra citada*, p. 459]—, pero son suficientes —vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así— para estimar en clave de evidencia delictiva —y en principio—, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva —dentro de los marcos y con estricto respeto del artículo 213 NCPP—, constituye un claro supuesto de "evidencia delictiva". Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

Conducción en estado de ebriedad: evidencia delictiva

16. De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está —así debe entenderse— cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?

Proceso inmediato: ¿obligatoriedad?

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de dicho artículo, que son —como ya se anotó— condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión "bajo responsabilidad", que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal.

Siendo así:

A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso —delito común o exceptuado—, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar incomunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

Proceso inmediato y delito flagrante

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b, del artículo 447 NCPP permite que se inste el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal —Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria—. El fiscal tiene

la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada "oportunidad tardía", que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

Principio de oportunidad y proceso inmediato

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el cumplimiento de la ley que sujeta su aplicación a que se satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

Proceso inmediato y actuación fiscal

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único presupuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del artículo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) —claro está, si se dan los requisitos para su instauración—o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

Confesión sincera, delito evidente y flagrancia delictiva

17. La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el parágrafo precedente. Es inadmisible obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal penal desarrolla. También es intolerable que se

prescriba la responsabilidad —obviamente funcional, nunca penal— del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues este tiene desde la ley —y así debe reconocérsele—, precisamente varias opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta. Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas y afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Proceso inmediato: interpretación constitucional

Sin embargo, como es posible, en clave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de ultima ratio, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional [Rubio Correa, Marcial, *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N.° 145-99-AA-TC, de ocho de setiembre de 1999, y N.° 5-96-I-TC, de diecinueve de (¿?) de 1996].

Control constitucional excepcional

§ 3. Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18. Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato

El artículo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscripto al delito flagrante —artículo 446, literal a) del apartado 1, NCPP— y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva —artículo 447, numeral 1, NCPP—, supuesto en el que el fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente —artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP—, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, "luego de culminar las diligencias preliminares o, en

Supuestos de incoación del proceso inmediato

su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria".

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho de defensa —plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar NCPP— que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; solo a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa —para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva—, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

Trámite del proceso inmediato por flagrancia

19. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente —en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles—, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447 NCPP.

Viabilidad del proceso inmediato

En este último caso —literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446 NCPP— los plazos se extienden —se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso—. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal —que es el plazo para el delito flagrante— y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal —que es la mitad del

Principio de aceleramiento procesal y proceso inmediato

plazo fijado para el juicio oral (artículo 355.1, NCPP)— o, según los casos, vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20. El apartado uno del artículo 448 NCPP estipula que el juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el juez de la investigación preparatoria, debe realizar la audiencia en un plazo que "no debe exceder las setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional".

Proceso inmediato: competencias

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación —si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos—, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350. 1 NCPP; y, tercero, que el segundo momento de la audiencia es, propiamente, la realización propiamente del debate oral —ejecución de las pruebas y alegatos—.

Audiencia única de juicio inmediato

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación del juez penal. Es claro que el auto debe dictarse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa.

Audiencia y cómputo del plazo

Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21. El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa

Dictado el auto de incoación del proceso inmediato —que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP)—, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho

Auto de incoación y acusación escrita

lo cual el juez de la investigación preparatoria remitirá las actuaciones al juez penal competente.

En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer periodo del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendentes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil —decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento—. Este periodo culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

Primer periodo de enjuiciamiento

El segundo periodo del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: "[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato", lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencias deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión —lógica excepcional—, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Segundo periodo de enjuiciamiento

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreabundantes. No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

Admisión de medios de prueba

22. El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y,

Proceso inmediato y debate probatorio

en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. La opción que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será —previo debate contradictorio— dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso de seguridad (artículo 458.1 NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447 NCPP.

Problemas en la incorporación de pruebas

23. Audiencia de Incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3 NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad —incluye el acuerdo preparatorio— o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

Audiencia de incoación: solicitudes adicionales

A. El apartado 4 de dicha disposición legal dispone que el juez de la investigación preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: **1.** Procedencia de la medida de coerción. **2.** Procedencia, indistinta y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. **3.** Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si la ley fija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnere irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión material.

Procedencia de solicitudes

B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las

Principio del consenso

tres alternativas del punto segundo, el juez de la investigación preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.

C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo —el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253. 2 y 3, NCPP)—, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

Implicancias de la petición de una medida de coerción

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación —ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía—, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso —cuando ya se hubiera emitido tal disposición—, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7 del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 338.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha positivizado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

Desestimación del proceso inmediato: efectos

24. Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo —es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial—. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo 418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente —que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato—, no tiene efecto suspensivo.

Apelación y proceso inmediato

Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias —en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas—, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Apelaciones contra resoluciones interlocutorias

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el juez penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto —que integra la garantía de tutela jurisdiccional—, tal situación no impide que el juez penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el juez de la investigación preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el juez penal.

Impugnación de prisión preventiva y tutela jurisdiccional

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

25. Proceso inmediato y Código de Procedimientos Penales

Proceso inmediato y Código de Procedimientos penales

El proceso inmediato, en virtud del artículo 3 del Decreto Legislativo N.° 1194, también es aplicable a los distritos judiciales en los que aún no rige en su integridad el NCPP. El citado Código, a su vez, ha sufrido una última modificación más o menos intensa, mediante el Decreto Legislativo N.° 1206, del 23-9-2015.

Proceso inmediato denegado

Un motivo de presunta incoherencia normativa se presenta cuando el proceso inmediato es denegado, ya sea en primera o en segunda instancia. Es claro que la causa debe retrotraerse al momento de su calificación. Sin embargo, ¿qué sucede con el mandato de prisión preventiva en caso que se hubiera dictado en la causa? ¿La retroacción de actuaciones importa su anulación automática y, por tanto, la libertad del imputado en cárcel?

Prisión preventiva: regulación legal

Las normas sobre prisión preventiva del NCPP, con sus respectivas modificatorias, igualmente, son de aplicación en todo el territorio nacional, conforme con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30076, del 19-8-2013. Luego, en aquellos distritos judiciales donde no está en vigencia en su integridad el NCPP, rigen esas disposiciones. Su interpretación y aplicación son, por consiguiente, comunes; no se presentan en ambos sistemas procesales, en virtud de la reforma operada, contradicción o falta de armonía: las normas son las mismas.

Prisión preventiva y auto de apertura de instrucción

Se podría sostener que en esos casos se presenta una paradoja: existiría, formalmente, un preso preventivo sin auto de apertura de instrucción; preso preventivo sin procesamiento. Es evidente, asimismo, que para dictar prisión preventiva se requiere un análisis acerca de la corrección de la imputación, un juicio favorable al *fumus delicti comissi* y a los motivos de prisión —gravedad del delito y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*)—. Cabe entender que el auto de prisión preventiva cumple esos presupuestos —es la presunción de la que se parte al haberse dictado esa medida de coerción personal mediando requerimiento y discusión o debate oral y contradictorio— y, en tal virtud, la no admisión del proceso inmediato no cuestiona la corrección de los cargos —existe, con toda regularidad, un procedimiento previo— sino la no satisfacción de los requisitos y presupuestos necesarios para incoar un tal proceso especial.

Retroacción de actuaciones y auto de prisión preventiva

En suma, la retroacción de actuaciones, en este caso, no importa la anulación de pleno derecho del auto de prisión preventiva, pues la inadmisión del proceso inmediato no comprende la de los presupuestos materiales y formales de dicha medida de coerción personal —propia del

proceso de coerción y, como tal, independiente del proceso "principal", aunque sin desconocer sus bases de conexión—. Lo único que sucederá será que el juez penal, una vez remitidas las actuaciones al fiscal y que este las devuelva con la formalización de la denuncia -en virtud del principio de unidad del Ministerio Público no es del caso una posición distinta del fiscal que no sea la de formalizar la denuncia-, en el curso de la audiencia de presentación de cargos califique su mérito y, de ser el caso, dicte el auto de apertura de instrucción, conforme con el artículo 77 CPP. La reforma del auto de prisión preventiva muy bien puede producirse en esa causa si se deniega el procesamiento penal —excarcelación automática— o si se presenta algún motivo vinculado al *rebus sic stantibus* que la justifique.

26. Proceso inmediato y constitución de las partes contingentes

El actor civil, como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal —son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional—. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil.

Partes contingentes

El NCPP, en la lógica del proceso ordinario o común, exige para la constitución de estos sujetos procesales una resolución judicial, dictada previa instancia de parte legitimada, planteada antes de la culminación de la investigación preparatoria, y bajo el procedimiento de audiencia correspondiente (artículos 8, 100, 101 y 102 NCPP).

Sujetos procesales y NCPP

Esta secuencia procedimental, sin duda, no es la que corresponde al proceso inmediato, ni se condice con las lógicas de aceleramiento procesal que lo informan. No obstante, no está prohibida la posibilidad de su incorporación en la causa —fundada en consideraciones de derecho material—, siempre que el daño y su acreditación, y además, la legitimación respectiva, respondan a la condición de su "evidencia" en línea acreditativa. Sin prueba evidente, no es posible aprobar su constitución en partes procesales.

Partes procesales y proceso inmediato

Siendo así, es claro que el fiscal deberá comprender en el requerimiento de incoación del proceso inmediato a quien considere tercero civil responsable, el cual ha de ser debidamente citado a las dos audiencias para que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. En este caso, el juez de la investigación preparatoria, aplicando supletoriamente y en vía de integración el artículo 447.3 NCPP, debe

Proceso inmediato y tercero civil

decidir, primero, si incorpora como parte al tercero civil; y, segundo, de ser admitida esa constitución —que se emitirá a continuación del pronunciamiento acerca de la medida coercitiva—, continuará con los pasos procedimentales legalmente estipulados.

Proceso inmediato y actor civil

Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, *primero*, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones —es lo que se denomina "ofrecimiento de acciones"— (artículo 95.2 NCPP); *segundo*, que antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en actor civil (artículo 100 NCPP); y, *tercero*, que previo traslado contradictorio el juez de la investigación preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil.

27. Proceso inmediato y prueba pericial

Necesidad de la prueba pericial

La prueba pericial es fundamental para la acreditación de numerosos delitos —la necesidad de la pericia deriva del aporte de conocimientos especializados para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos de la causa [CLIMENT DURÁN, CARLOS, *La prueba penal*. Segunda edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 735-737] —. Tanto en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción como en otros ilícitos penales (por ejemplo, y a título enunciativo, homicidio, aborto, falsedad documental, tráfico ilícito de drogas y agresión sexual) la prueba pericial es especialmente relevante —en tanto prueba fundamental— para su definitiva comprobación o, en todo caso, para su consolidación probatoria.

El fiscal, desde esta perspectiva, instará que el informe pericial —que es el segundo elemento de la actividad pericial—corra en autos al momento del requerimiento de incoación del proceso inmediato. Sin embargo, en muchos casos bastará que el reconocimiento o percepción pericial, como primer elemento de la actividad pericial —al que sigue en ese mismo nivel las operaciones técnicas sobre el objeto peritado—, se haya realizado o, por lo demás, que existan informes provisionales, muy comunes en el caso de tráfico ilícito de drogas y también con las primeras pruebas en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Las características de la inicial intervención de la autoridad pública y las vicisitudes de los actos urgentes de investigación, como las capacidades del órgano pericial, pueden determinar, antes de la presentación del

informe pericial, una calificación positiva de los presupuestos y requisitos del proceso inmediato, lo que no obsta a que necesariamente el citado informe pericial ha de constar antes de la instalación de la audiencia única de juicio inmediato.

Proceso inmediato y prueba pericial

III. DECISIÓN

28. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

29. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 12 y 15 a 24 del presente Acuerdo Plenario.

30.PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

31. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

32. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ HINOSTROZA PARIACHI/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRAFLORES

FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RODRÍGUEZ TINEO, SALAS ARENAS E HINOSTROZA PARIACHI RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LA INCOACIÓN OBLIGATORIA DEL PROCESO INMEDIATO IMPUESTA AL MINISTERIO PÚBLICO

Los suscritos no comparten el contenido del fundamento 13 de la ponencia y acuerdo, respecto a la legitimidad de la incoación coactiva del proceso inmediato reformado. Los motivos sucintamente radican en que:

Ministerio público y proceso inmediato

El apartado uno del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad impuesta al Ministerio Público de solicitar el proceso inmediato (pudiendo requerirse el inicio, cuando específicamente corresponde, hasta el día 29 de formalizada la investigación preparatoria, motivándose tal decisión), bajo amenaza de responsabilidad administrativa, se entiende, por omisión de acto funcional.

Tal exigencia u obligatoriedad de incoación, vulnera el principio constitucional de autonomía del Ministerio Público que el artículo 158 de la Constitución Política del Perú le otorga como titular en el ejercicio de la acción penal en tanto que el inciso 1, del artículo 61 del Código Procesal Penal atribuye al fiscal, independencia de criterio como estratega en el proceso, por lo que le corresponde elegir la vía más idónea para la consecución de los fines del procesamiento; pudiendo por tanto requerir el inicio del encausamiento inmediato cuando razonadamente considere se encuentren cumplidos los fines de la investigación, con respeto de los derechos de todas las partes intervinientes, actuando objetivamente, aunque el detenido se encuentre en situación de flagrancia y agotando las diligencias para acreditar la responsabilidad o la inocencia —en caso de incoar— del imputado como lo establece el artículo IV, del Título Preliminar del NCPP, teniendo además presente los derechos de defensa del presunto agente y de la parte agraviada como lo indica el artículo IX, del propio Título

Autonomía del Ministerio Público y proceso inmediato

Preliminar del cuerpo legal mencionado, prevaleciendo estos principios, sobre cualquier disposición del NCPP, como lo señala el artículo X del propio TP; y de considerar que la vía inmediata no es adecuada para el caso en concreto por presentarse complejidades normativamente previstas o fácticas, más allá de las estrictamente normativas, puede motivadamente, promover el proceso común o el que corresponda, aun cuando se den los supuestos para el inicio del proceso inmediato, sin que ello implique responsabilidad funcional en su actuación.

Atribución al Ministerio Público

Tutelar en extenso los derechos de las partes forma parte de las atribuciones del Ministerio Público, por ello, no basta interpretar restrictivamente el mandato imperativo inconstitucional de la obligatoriedad coactiva indicada; la judicatura debe conservar las leyes en tanto sean congruentes con los principios constitucionales.

Proceso inmediato y Constitución

Es inconstitucional obligar al Ministerio Público que bajo amenaza de sanción disciplinaria requiera el inicio del proceso inmediato, al oponerse tal coacción a la autonomía Fiscal, expresada en su independencia de criterio, más aún cuando la decisión de no incoación es su atribución discrecional y no arbitraria, compatible con sus deberes

y responsabilidades de dirección de la investigación y se sustenta en la protección de derechos establecidos como principios orientadores en el Título Preliminar del NCPP.

Por ello, tal apartado del artículo 446 modificado por el Decreto Legislativo 1194 debe ser modificado estableciendo que el fiscal "puede" y no "debe" solicitar la incoación del proceso inmediato, suprimiendo el término "bajo responsabilidad", dado que constituye una afectación clara y un riesgo latente cuyos resultados negativos podrán atribuirse a todo el sistema de justicia, por vulnerar un pilar fundamental del desarrollo de la labor de la fiscalía, desempeño que es trascendente en la tarea de impartir justicia.

Afectación a la labor de Fiscalía

Cabe que este Colegiado Judicial Supremo inste al Parlamento a corregir tal exceso y entre tanto, recomendar a la judicatura competente que en tanto se someta a su conocimiento algún cuestionamiento sobre la incoación, considere la declaración de inaplicación de la parte del primer párrafo del apartado 1 del artículo 446 modificado del NCPP por los motivos referidos.

RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
HINOSTROZA PARIACHI

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO INMEDIATO, LA INCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR Y LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL SUPUESTO DE ANULACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO.

a) No suscribo el APARTADO 10 —respecto a la proporcionalidad del proceso inmediato reformado—;ni parte del APARTADO 14— en lo concerniente a los delitos de omisión a la asistencia familiar—; ni el acápite D del APARTADO 23, el tercer párrafo del APARTADO 24 y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25 —respecto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato—, del Acuerdo Plenario, al tener una postura refractaria a su contenido por lo siguiente:

APARTADO 10

El régimen del procesamiento inmediato, generó tanto una subclase de "inmediato directo"(que abarca tanto la flagrancia clásica y la cuasi flagrancia, como la conducción temeraria por alcoholemia o drogadicción objeto de intervención policial en el instante), en que cabe la incoación inminente del proceso y una sub clase de "inmediato diferido" (que comprende los casos de extensión de la flagrancia, de confesión de los hechos, de suficiencia de los elementos de convicción, de conducción temeraria —por alcoholemia o drogadicción—no flagrante, de omisión a la asistencia familiar), en que el lapso para incoarlo se extiende hasta el vigésimo noveno día de la formalización de la investigación preparatoria.

Procedimiento inmediato directo e inmediato diferido

El legislador no colocó, un parámetro, marcador o cuantificador respecto a la dimensión de la pena privativa de libertad pertinente para la viabilidad del procesamiento inmediato, sea el directo o el diferido, lo que en clave de proporcionalidad, debe merecer el establecimiento de un criterio jurisprudencial —mientras fije el Parlamento los razonables marcos normativos —fijando criterios restrictivos al calor del inciso 3, del artículo VII, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en tanto favorezca el ejercicio de los derechos del imputado; para que el recorte de las etapas y los plazos de duración del trámite generen la menor intensidad posible de afectación a las atribuciones legítimas propias de la defensa del investigado.

Dimensión de la pena y proceso inmediato

El ordenamiento procesal penal presenta algunas vallas normativas respecto a la gravedad del acto delictivo; así, con el artículo 427 se limita el recurso de casación para los casos de sentencias y autos que pongan fin al procedimiento, en tanto el extremo mínimo de la pena conminada en abstracto supere los 6 años de privación de libertad, de lo que se puede deducir que tal cota dimensional connota que el hecho delictivo es grave como para habilitar la procedencia del recurso de casación; como consecuencia, los delitos cuyas penas privativas de libertad fueran inferiores a los 6 años, sin estar todos ellos dentro de los denominados "de bagatela", deberán ser considerados como menos graves.

Gravedad del hecho y vallas normativas

Existe otra referencia en materia de prisión preventiva, según lo establecido en el inciso b, del artículo 268 del mismo cuerpo legal, al considerar la gravedad del delito en razón a la pena probable que podrá ser impuesta en el caso concreto, en tanto fuera superior a 4 años de privación de libertad; en tales casos, con la concurrencia

Gravedad del hecho y prisión preventiva

razonable de los otros presupuestos procesales, corresponderá mandar la prisión preventiva.

Si ha de excluirse del encausamiento inmediato todo hecho penal que fuera considerado grave y con mayor razón el que resultara estimado como especialmente grave, será pertinente tomar en cuenta aquellos criterios.

Límite punitivo y proceso inmediato

Estimo que el límite punitivo razonable para la aplicación del proceso inmediato —teniendo en cuenta que se trata de un encausamiento para tramitaciones sencillas y delitos que no fueran graves— no debe superar los 6 años de pena privativa de libertad.

b) No suscribo las referencias al delito de omisión a la asistencia familiar como relativos a la seguridad ciudadana.

APARTADO 14

Seguridad ciudadana y omisión de asistencia familiar

No cabe entender ninguna de las formas de delito de omisión a la asistencia familiar como asuntos relativos a la seguridad ciudadana, por graves o frecuentes que sean. El concepto "seguridad ciudadana" no es omnicomprensivo y no abarca todo el catálogo típico, sino solo los ilícitos compatibles con su particular carácter violento.

c) Mi postura respecto a la prisión preventiva por decaimiento del proceso inmediato es como sigue:

Proceso inmediato y prisión preventiva

Acápite D del APARTADO 23, el tercer párrafo del APARTADO 24 y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25 —en cuanto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato—: El decaimiento del proceso inmediato afecta la decisión de prisión preventiva dictada en la audiencia de incoación, en tanto deja de existir el proceso en que se originó.

Definición de prisión preventiva

La prisión preventiva se define como una medida cautelar, instrumental y variable, y debido a que proviene de un proceso penal (no lo antecede ni existe por y para sí), pervive en tanto el encausamiento se halle vigente (así fluye del inciso 2, del artículo 447 NCPP); se pretende con ella precisamente asegurar el resultado del encausamiento cuando es estrictamente necesaria la presencia del encausado existiendo riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, sobre lo cual se han pronunciado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la propia Corte Suprema de Justicia.

La paradoja que se genera objetivamente es un efecto derivado de la ausencia de regla legislativa específica y razonable en que se hubiera previsto el modo de atender la configuración de supuestos de esta clase

—que no son infrecuentes—; cabe resaltar que no se puede resolver contra reo y que no es dable corregir pretorianamente los errores legislativos. Decaído el proceso inmediato —que debe por tanto ser promovido razonablemente, cuando hay fundamento suficiente, y no apresuradamente por coacción— lo que cabe por ahora, en tanto no se dicten normas específicas que fueran además constitucionalmente impecables, de transición entre la anulación o invalidación del encausamiento inmediato y la promoción de proceso común o el que correspondiera (nuevo modelo procesal) o apertura de proceso penal (antiguo régimen procesal aun parcialmente vigente); entiendo por tanto que no cabe extender la prisión preventiva sin pausa penal vigente, sino, urgir al Parlamento que corrija el dislate generado en esta materia.

Proceso inmediato y extensión de la prisión preventiva

SALAS ARENAS

CAPÍTULO II
El Proceso de Terminación Anticipada

1.
ACUERDO PLENARIO N.° 5-2009/CJ-116
PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA: ASPECTOS ESENCIALES

Acuerdo Plenario	**N.° 5-2009/CJ-116**
Fecha	13.11.2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponentes	César San Martín Castro y José Antonio Neyra
Tema	Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales
Doctrina legal	ff. jj. n.os 7-21
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 468.4 y 5 y 471

SUMILLA:

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.

[...]

21. [...] La incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, [...] comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal [...]. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.° 5-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales

Lima, trece de noviembre del dos mil nueve

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286- 2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre su viabilidad en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Neyra Flores, quien, con la intervención del señor San Martín Castro, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. 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 aquel.

Terminación anticipada: naturaleza y legislación

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.

§ 2. 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.

Alcances del proceso de terminación anticipada

8. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada —sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado— [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Terminación anticipada: fases

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.

Audiencia de terminación anticipada: condiciones para su realización

Ámbitos de control de legalidad del 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:

Tipicidad

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.

Legalidad de la pena y reparación civil

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.

Exigencia de suficiencia de actividad indiciaria

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.

Control de razonabilidad del acuerdo

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, solo 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.

Homologación del acuerdo: procedimiento

12. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el in dubio pro reo para

absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

§ 4. 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—.

Terminación anticipada y determinación de la pena

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.

Acuerdo y pena

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. Esta 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.

Alcances del art. 471 del CPP

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre esta, 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.

Reducción de la pena en un sexto

§ 5. 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.

Principio de taxatividad de los recursos procesales

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. Esta, como consecuencia del principio dispositivo —eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales—, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

Recurso: presupuesto procesal subjetiva

16. El artículo 468.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales —se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo—. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia —literal b)— o, en su caso, los que causen gravamen irreparable —literal e)—.

Sentencia anticipada: apelación

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

Efectos de la desaprobación del acuerdo

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.

§ 6. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común.

Etapa intermedia del proceso

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.

Terminación anticipada: características y oportunidad procesal

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.

Terminación anticipada: impulso de las partes

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, solo 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.

Diferencias entre la terminación anticipada y etapa intermedia

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, solo 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.

Etapa intermedia y criterio de oportunidad

19. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no solo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos 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.

Terminación anticipada en la etapa intermedia: consecuencias

20. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Control de acusación y terminación anticipada

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

Audiencia de terminación anticipada y aportes procesales

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.

Terminación anticipada, etapa intermedia y contradicción procesal

21. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

23. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 21.

24. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.

25. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ LECAROS CORNEJO /PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ VALDEZ ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ BIAGGI GÓMEZ/ MOLINA ORDÓÑEZ/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ BARANDIARAN DEMPWOLF/ CALDERÓN CASTILLO/ ZEVALLOS SOTO

SECCIÓN SEXTA
LA EJECUCIÓN Y LAS COSTAS

I.
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1538-2005 - LIMA
LA NO EXIGENCIA DEL AGRAVIADO, TRAS LA SENTENCIA FIRME DE CONDENA, DE CONSTITUIRSE EN PARTE CIVIL PARA INTERVENIR EN EL PROCESO O EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN[1]

Acuerdo Plenario	**N.° 1-2005/ESV-22**
Fecha	30.09.2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Hugo Sivina Hurtado, César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, José Luis Lecaros Cornejo y Hugo Molina Ordóñez
Tema	La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.
Doctrina legal	f. j. n.° 4
Concordancia	Código Penal: art. 93 y 97 Nuevo Código Procesal Penal: art. 488 y 493 Código de Procedimientos Penales: art. 337

SUMILLA:

4. [...] Declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.° 1538-2005

LIMA

1 Recurso de nulidad N.° 1538-2005 que constituye precedente vinculante (cuarto fundamento jurídico) en virtud al Acuerdo Plenario N.° 1-2005/ESV22.

Lima, veinte de junio del dos mil cinco.

VISTOS: Oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por d agraviado Enrique Barrera Aramburú contra el auto superior de fojas seiscientos cuarenta y nueve, del veintiuno de enero de dos mil cinco; con lo expuesto por la señora fiscal suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso por haber sido declarada fundada la queja interpuesto por el agraviado Barrera Aramburú, según se advierte de la Ejecutoria suprema de fojas seiscientos cuarenta y nueve.

Segundo: Que la Juez del Séptimo Juzgado Penal de Lima por auto de fojas cuatrocientos veintiuno, del diecinueve de enero de dos mil cuatro, declaró procedente la desafectación del cincuenta por ciento del producto de la venta del certificado de participación de la Bolsa de la Valores de Lima solicitada por la sociedad conyugal formada por María Violeta Ríos Gamarra de San Cristóbal y el sentenciado Eduardo San Cristóbal Carrillo; que contra esta resolución recurrió en apelación el agraviado Barrera Aramburú conforme a su escrito de fojas cuatrocientos setenta, la que fue concedida por auto de fojas cuatrocientos setenta y seis, del veintisiete de enero del dos mil cuatro; que, sin embargo, el Superior Tribunal no absolvió el grado por estimar que el impugnante carecía de legitimación para recurrir, y a su vez mediante auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril del dos mil cuatro, declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio del mismo.

Tercero: Que el agraviado Barrera Aramburú en su recurso de nulidad de fojas quinientos ochenta y seis cuestiona la decisión del Tribunal Superior alegando que en la etapa de ejecución del proceso no es necesaria la constitución en parte civil, la cual —según entiende— se limita al proceso declarativo.

Cuarto: Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado solo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización

En la etapa de ejecución del proceso no es necesario la constitución de la parte civil

o reparación civil, que solo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría —como se hizo— el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil.

Quinto: Que como el Superior Tribunal no absolvió el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto e indebidamente negó legitimación al recurrente, incurrió en la causal de nulidad prevista por el apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NULO** el auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro; en consecuencia, **ORDENARON** que el Tribunal Superior se pronuncie sobre el fondo del asunto; en el proceso —fase de ejecución— seguido contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDÓÑEZ

2.
ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012
FUNCIÓN Y OPERATIVIDAD DE LA LIBERTAD ANTICIPADA

Acuerdo Plenario	**N.º 3-2012/CJ-116**
Fecha	24.01.2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria
Ponentes	César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Función y operatividad de la libertad anticipada
Doctrina legal	ff. jj. n.os 11-17 y 19
Concordancia	Código Penal: arts. 8, 488-496 y 384

SUMILLA:

15. Bajo la denominación genérica de "libertad anticipada" y atento a sus efectos liberadores referidos a la pena más grave del sistema penal peruano: la pena privativa de libertad (artículo 29 del CP), (i) se introduce una regla de competencia —conocimiento por el JIP— y (ii) se define el procedimiento correspondiente. En este último ámbito —del procedimiento—, se impone la audiencia para la decisión del incidente —es la denominada "audiencia de libertad anticipada"— y la citación de los órganos de prueba que deben informar durante el debate; lo cual exige una audiencia de pruebas y la recepción de las mismas bajo la égida de los principios procedimentales de oralidad, inmediación y concentración; salvo, que solo se incorpore prueba documental.
16. El apartado 3, del artículo 491, NCPP es una norma procesal. No modifica, crea ni incorpora al ordenamiento jurídico una institución de derecho penal material o de ejecución penal material, ni a su amparo pueden introducirse pretorianamente modalidades de modificación, extinción o exención de penas privativas de libertad efectivas, no previstas por la ley penal material o de ejecución penal material.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA-2012

ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Función y operatividad de la libertad anticipada

Lima, veinticuatro de enero del dos mil trece.

Los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria; así como del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria y Vocalía de Instrucción, de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa N.° 267-2012-P-PJ, del veintiuno de junio de dos mil doce, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VIII Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal —que incluyó el Foro de Participación Ciudadana—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VIII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa, llevada a cabo entre el trece de agosto y el treinta de octubre de dos mil doce, tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos, que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal, en los casos concretos que son de su conocimiento. Para su cumplimiento se habilitó el Foro de Participación Ciudadana, a través del portal de internet del Poder Judicial, con lo que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país, a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los jueces supremos de lo Penal, en las sesiones de los días veinticuatro al veintinueve de octubre del dos mil doce, discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas salas. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda; así como sus respectivos problemas específicos. El día treinta de octubre del dos mil doce se dispuso la publicación y notificación a las personas que participarán en la audiencia pública.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, y se llevó a cabo el día treinta de noviembre de dos mil doce. En ella, los representantes de

la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de lo Penal.

4. La tercera etapa del VIII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria, realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, donde intervinieron todos con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación del presente Acuerdo Plenario se realizó el día en mención. Como resultado de la deliberación y de la votación, se logró el número de votos calificados para la decisión. En este caso, la votación arrojó una mayoría de ocho votos contra tres.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro y Prado Saldarriaga.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6. El Libro Sexto, del Código Procesal Penal, de dos mil cuatro —en adelante, NCPP— regula, en su integridad, el denominado "proceso de ejecución penal" y las costas. La Sección I está dedicada a la ejecución de la sentencia penal y comprende nueve artículos (del 488 al 496 del NCPP).

Proceso de ejecución penal

Desde la perspectiva de los derechos de las partes, en especial del imputado, se reconoce la potestad o facultad de plantear ante el juez de la investigación preparatoria —en adelante, JIP— los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan, respecto de la ejecución de la sanción penal, la reparación civil y las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia (artículo 488.2 del NCPP). Ello importa admitir que durante la ejecución de la Sentencia penal —que da lugar al proceso de ejecución penal— es posible la interposición de los denominados "incidentes de ejecución".

Se definen los "incidentes de ejecución" como todas aquellas cuestiones, de naturaleza contenciosa, promovidas por las partes procesales, o de oficio por el juez, que surgen con ocasión de la ejecución de una sentencia firme. Tiene por contenidos los asuntos específicamente previstos por la ley u otra controversia relativa a interpretación o aplicación del fallo [MANZINI V, 1954: 325]. Queda fuera del incidente

Definición de "incidentes de ejecución"

de ejecución toda materia que haya sido explícita o implícitamente resuelta por la sentencia que se ejecuta; así como que afecta a *vitia in procedendo,* relativo al proceso concluido con la sentencia que viene en ejecución; solo corresponde a él cualquier materia que afecte al título de ejecución; esto es, la falta del título ejecutivo o la falta, en la sentencia, del requisito de firmeza [LEONE III, 1963: 529, 531 y 533].

Incidentes de control supresión de la ejecución penal

7. Los incidentes previstos en el indicado apartado 2, del artículo 488, NCPP, son los calificados como "incidentes de control o supervisión de ejecución penal". Tienden a garantizar la juridicidad y corrección de toda la dinámica en que está envuelta la ejecución de la sentencia condenatoria, sea en el ámbito de la sanción penal, como de las consecuencias accesorias y de la reparación civil.

Incidente de cómputo de pena privativa de libertad

Un supuesto específico incorporado por el artículo 490.3 del NCPP es el "incidente de cómputo de la pena privativa de libertad".

Incidente de control o supervisión: Supuesto excepcional

También es posible plantear un "incidente de control o supervisión" en los casos en que sea indispensable definir los ámbitos o alcances de la parte dispositiva de una sentencia, o que haya oposición a decisiones de la autoridad ejecutiva. Las posibilidades de que se origine un incidente, desde esta perspectiva, rebasan los supuestos legalmente previstos, por lo que debe acudirse incluso a la analogía para su admisión [Manzini, V, 1954: 326]

Competencia del "procedimiento incidental"

8. Desde la configuración del "procedimiento incidental", la competencia general para el conocimiento de los "incidentes de ejecución" corresponde al JIP. Para el caso de la ejecución de la sanción penal, establecida en el Código de Ejecución Penal —en adelante CEP—, la competencia específica atañe al juez penal unipersonal, mientras que lo relativo a los incidentes de refundición o acumulación de penas incumbe al Juzgado Penal Colegiado (concordancia de los artículos 488.2, 489 y 491.3, 4 y 5 del NCPP).

Competencia de la apelación de incidentes

La Sala Penal Superior solo entiende en apelación estos incidentes (conforme: artículo 416.1, literal e, *in fine* del NCPP —causación de gravamen irreparable, como regla general—, y artículo 491.6 del NCPP; incidentes de modificación de sentencia, como regla específica solo para esos casos).

Intervención judicial en la ejecución de la pena

9. El fundamento legal de esta intervención judicial, en sede de ejecución, es el artículo VI, del Título Preliminar del Código Penal —en adelante, CP—, que estatuye: "[...] la ejecución de la pena será intervenida judicialmente"; norma que traduce uno de los ámbitos generales de la potestad de ejecución. Por lo demás, uno de los derechos que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela

jurisdiccional es la ejecución de lo juzgado; esto es, el derecho a la ejecución de las sentencias.

Facultad del juez de fiscalizar la ejecución de la pena

En consecuencia, el juez ha de cuidar con todo rigor que lo dispuesto en el fallo —que se erige en título de ejecución sobre el presupuesto de su firmeza— se cumpla acabadamente dentro de los marcos de la ley —principios de legalidad penal y legalidad procesal penal—. El juez tiene, pues, atribuido no solo la decisión sobre el principio y el final de la ejecución, sino también, y muy especialmente, su fiscalización sobre la forma y modo de ejecución, que es el ámbito acotado del control de legalidad de una sentencia de condena.

Importancia del procedimiento de ejecución

Con tal finalidad, la norma procesal, por su propia naturaleza y alcance, es la que debe regular las reglas de competencia y el conjunto de procedimientos de ejecución aplicables —en tanto subfunción de la jurisdicción—, para que sea posible *(i)* que las partes puedan, en sede de ejecución, interponer los requerimientos o formular las observaciones que correspondan en el ámbito previsto por el ordenamiento jurídico —en especial la ley penal material y la ley de ejecución penal material—, y *(ii)* que el juez pueda decidir con arreglo al Derecho objetivo.

¿Modificación de la sanción en sede de ejecución penal?

10. Reconocer que la sentencia de condena penal debe ejecutarse cumplidamente y que, sin embargo, existen posibilidades de su modificación en el ámbito propiamente penal, es admitir que la sanción penal impuesta no constituye una medida cuantitativa y cualitativamente inexorable, sino tan solo el fundamento del derecho a castigar y la limitación máxima del derecho del *ius puniendi*, del derecho al castigo —reconocido ya en el proceso penal declarativo—. El juez, dentro de la ley, tiene la facultad de modificar incluso tanto la cantidad como la calidad de la pena merecida —por ejemplo, para uno u otro supuesto: artículos 48 y 53 del CEP, y artículos 59.3 y 60 del CP—; como la medida de seguridad impuesta, a la que puede darle término anticipadamente (artículos 75 y 77 del CP).

Orientación preventiva de la ejecución penal

Si bien la ejecución penal es necesariamente forzosa —la nota de coerción es esencial en la ejecución de sanciones penales—, es mucho más elástica en su dinamicidad y en evolución que la civil. Ello es así porque la finalidad última del proceso penal de ejecución está condicionada por la finalidad que la Constitución y el Código Penal atribuye a las consecuencias jurídicas del delito; esto es, por su orientación predominantemente preventiva. La distinción entre pena y medida de seguridad, que tiene el mismo fin preventivo, se encuentra, como enseña ROXIN, en el tipo de su delimitación, en el que transcurren por dos vías distintas [1997: 106-107].

En sede de ejecución, la única finalidad perseguida es la preventivo-especial. Las penas privativas de libertad deben, por tanto, encaminarse a la resocialización del reo, entendida esta como vida futura sin delitos, como buen comportamiento externo del delincuente, que es lo que precisamente explican numerosas instituciones del Derecho de ejecución penal, como la liberación condicional [SANZMULAS, 2001: 33].

Finalidad preventivo-especial de la ejecución de la pena

§ 2. Incidentes de modificación de la sentencia

11. El artículo 491 del NCPP presupone los criterios expuestos en el parágrafo anterior. Una sentencia condenatoria puede, de algún modo y según lo estipule la ley penal material o la ley de ejecución penal, ser objeto de modificaciones, ya sea para intensificar la respuesta penal —siempre dentro de su mismo ámbito temporal— o para flexibilizarla.

Posibilidad de modificación de una sentencia

El apartado 1, del citado artículo 491 del NCPP, se refiere a los supuestos que, procesalmente, se traducen en "incidentes": (i) De incumplimiento de las reglas o previsiones impuestas en determinadas penas para su conversión en otra clase de pena, o para revocar la conversión anteriormente impuesta, así como para revocar la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio —todos ellos expresamente previstos en el Código Penal y, para el caso de revocación de las penas, prestación de servicios y limitación de días libres: el artículo 14 de la Ley N.° 27030, modificado por la Ley N.° 27935—; o (ii) tanto de extinción de la pena —artículo 85 del CP— cuanto del vencimiento de la misma, que en el Derecho Procesal se denomina: "licenciamiento definitivo"; contempladas, asimismo, en el Código Penal, o que emergen de las disposiciones de la propia sentencia de condena, y de su relación con los preceptos del Código Penal o de otras normas de naturaleza penal.

En este último supuesto, se encuentra, por ejemplo, el cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres: artículo 265, primer párrafo, del Reglamento del Código de Ejecución Penal (en adelante, RCEP).

Incidentes de modificación de la sentencia

12. Un caso singular, que da lugar a múltiples incidentes de ejecución, es el de la pena de vigilancia electrónica personal, instituida por la Ley N.° 29499, del diecinueve de enero del dos mil diez, que precisa que es una pena siempre aplicable por conversión. La pena de vigilancia electrónica personal se puede disponer en la misma sentencia o, luego, mediante un "incidente de conversión" —que es el único legalmente previsto para hacerlo, a diferencia que los demás supuestos de conversión que se hacen en la propia sentencia—. Véase artículos 1, tercer párrafo, y

La pena de vigilancia electrónica e incidente de ejecución

3, literal b; así como para este último supuesto: artículo 4, que modifica el artículo 29-A CP, numeral 4.

Variación de la vigilancia electrónica

Impuesta la pena de vigilancia electrónica personal, dada su naturaleza voluntaria, es posible variarla a pena privativa de libertad, a instancia del condenado, cuando exprese formalmente su oposición —incidente de variación de la pena de vigilancia electrónica personal— (artículo 2, primer y segundo párrafos, literal b).

Por último, esta pena convertida de vigilancia electrónica personal también puede ser objeto de revocación si el condenado incumple las reglas de conducta impuestas al concederla —incidente de revocación— (artículo 10).

Procedimiento de ejecución incidental general

13. El apartado 2, del artículo 491, NCPP establece el procedimiento de ejecución incidental general, que en lo pertinente debe concordarse o complementarse con el artículo 8 del NCPP. La fase central es, de conformidad con el principio procedimental de oralidad, la audiencia de ejecución, a la que deben ser citadas las partes procesales, previa información de quien tiene el principal para identificar a las partes y su domicilio procesal.

Investigación sumaria en los incidentes de ejecución

Si hace falta adjuntar, obtener o incorporar elementos de prueba —que se concretan a través de los medios de prueba legalmente previstos—, de oficio o a pedido de parte, el JIP puede disponer una investigación sumaria a cargo de la Policía, bajo la conducción del fiscal —el artículo 489.2 del NCPP claramente estipula que en los incidentes de ejecución el JIP practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento—. Lo puede hacer con carácter previo a la celebración de la audiencia o luego de iniciada esta, suspendiéndola por un plazo razonable para su reiniciación inmediata. Como se trata, en este último caso, de una audiencia de pruebas, es obvio que el JIP aplicará en lo pertinente las reglas del juicio oral, pero bajo un criterio de simplificación y suma concentración.

Plazo para la decisión incidental

El término para la decisión incidental del JIP —a través de un auto interlocutorio-, concluida la autodefensa del imputado —siempre que voluntariamente concurra y quiera ejercer ese derecho—, es de cinco días. Por tanto, si la decisión se emite el mismo día y momento de la conclusión de las alegaciones y autodefensa, se tratará de una resolución oral. De no hacerlo en esa oportunidad, el JIP dictará una resolución escrita.

14. Otras dos modalidades específicas de incidentes de ejecución, son las siguientes, que están a cargo del Juez Penal, Unipersonal en la primera modalidad y Colegiado en la segunda modalidad.

A. Los propiamente penitenciarios, previstos en el Código de Ejecución Penal. Se trata de los siguientes: i) Permisos de salida (artículo 43 del CEP, se entiende cuando la Administración penitenciaria lo deniega). ii) Redención de penas por el trabajo y la educación (artículos 44 al 46 del CEP), aunque, en este caso, está en función al uso que pretenda dársele: licenciamiento definitivo —en cuyo caso compete al JIP— o para tomarlo en cuenta a los efectos de la semilibertad y la liberación condicional —que será de competencia del juez penal unipersonal—. iii) Semilibertad y liberación condicional (artículos 48 y 53 del CEP), y su respectiva revocación (artículos 52 y 57 del CEP). iv) Revisión de la pena de cadena perpetua (artículo 59-A CEP, que tiene su propio procedimiento). v) Visita íntima y recompensas (artículos 58 y 59 del CEP, se entiende cuando la Administración Penitenciaria las deniega).

Modalidades específicas de incidentes de ejecución

B. Los incidentes de refundición o acumulación de penas (artículo 51 CP: concurso real retrospectivo).

§ 3. Incidentes de libertad anticipada

17. Como quiera que el JIP posee una competencia general para conocer de la ejecución penal y que, por consiguiente, el procedimiento incidental se entiende con él; el artículo 491, apartado 3, NCPP, incorpora una regla de competencia específica, pero expansiva, cuando el interesado interponga una solicitud incidental ejecutiva tendente a lograr, de uno u otro modo, la libertad anticipada. Tal posibilidad se circunscribe a las condenas a pena privativa de libertad efectivas e importan que dichas penas puedan ser modificadas —como reza el título del mencionado artículo— y que permitan, como consecuencia, un cambio de la referida pena anticipar el licenciamiento definitivo o acortarla.

Incidente de libertad anticipada

Un ejemplo de esta viabilidad se tiene con la aplicación de los artículos 6 *in fine* y 7 del CP, que reconocen, en sede de ejecución, la aplicación del instituto de la retroactividad benigna de la ley penal; de suerte que una consecuencia ineludible, en el caso de pena privativa de libertad, será disminuirla o extinguirla de pleno derecho.

Retroactividad benigna en sede de ejecución

18. Cabe resaltar que se está ante una institución procesal: el proceso de ejecución penal. En el presente caso, bajo la denominación genérica de "libertad anticipada" y atento a sus efectos liberadores referidos a la pena más grave del sistema penal peruano: la pena privativa de libertad (artículo 29 del CP), (i) se introduce una regla de competencia —conocimiento por el JIP— y (ii) se define el procedimiento correspondiente.

Incidente de libertad anticipada: Regla de competencia y procedimiento

En este último ámbito —del procedimiento—, se impone la audiencia para la decisión del incidente —es la denominada "audiencia de libertad anticipada"— y la citación de los órganos de prueba que deben informar durante el debate; lo cual exige una audiencia de pruebas y la recepción de las mismas bajo la égida de los principios procedimentales de oralidad, inmediación y concentración; salvo, claro está, que solo se incorpore prueba documental, en cuyo caso deberá procederse a su lectura, audición o visionado, según corresponda, y proceder, en lo pertinente, conforme con el artículo 384 del NCPP.

"Audiencia de libertad anticipada"

19. Es muy importante dejar sentado que el apartado 3, del artículo 491, NCPP es una norma procesal. No modifica, crea ni incorpora al ordenamiento jurídico una institución de derecho penal material o de ejecución penal material, ni a su amparo pueden introducirse pretorianamente modalidades de modificación, extinción o exención de penas privativas de libertad efectivas, no previstas por la ley penal material o de ejecución penal material. El principio de legalidad que informa las tres áreas del Derecho Penal —material, procesal y de ejecución— no admite una actuación judicial que vulnere el subprincipio de reserva de ley.

Se trata de una norma procesal porque regula materias procesales: competencia del juez y procedimiento; esto es, por su propio contenido. Su objeto es el incidente de ejecución, lo que afecta a los órganos jurisdiccionales, sujetos procesales, actos procesales y regulación del proceso —en este caso, del de ejecución—. Esta norma no incide en el contenido de la decisión, sino que establece la procedencia de la misma [Asencio Mellado, 1997: 26].

Alcances del art. 491.3 del CPP

20. Llama la atención que el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, de los Vocales Superiores de la República, realizado en Arequipa, del dieciséis al diecisiete de noviembre del año pasado, al amparo de la referida norma, acordó que "[...] su entendimiento es una consecuencia jurídica de la valoración positiva de una conversión de la pena privativa de libertad efectiva, dictada en una sentencia condenatoria por otra (multa, limitación de derechos, vigilancia electrónica personal, etcétera); generando, como lo indica, la libertad anticipada". Asimismo, que en uno de sus documentos de trabajo (Acta número tres, del Grupo de Trabajo número cinco) se señale que el artículo 491.3 del NCPP permite al juzgador buscar formas alternativas a los efectos negativos de la pena privativa de libertad; que una de estas es la conversión de la pena privativa de libertad a otra de multa o limitativa de derechos; que, además, la conversión se da entre penas, por lo que se puede convertir

Interpretación incorrecta del art. 491.3 del CPP

una pena de multa en una privativa de libertad y viceversa; que lo mismo pasa con las penas limitativas de derechos.

De igual manera, se tiene que algunos postulan que un supuesto de libertad anticipada, prevista en el artículo 491.3 del NCPP, se da cuando el autor es condenado a pena suspendida, e ingresa a la ejecución del régimen de prueba, con la obligación de cumplir con el pago de las pensiones alimenticias, obligación que no cumple, pese a los apremios legales del artículo 59 del CP, por lo que se procede a la revocación de la suspensión de la pena y se dispone su ingreso al Centro Penal, para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia; sin embargo, con posterioridad a la revocación de la suspensión de la pena cumple con pagar las pensiones alimenticias que fueron el motivo de esta, lo que constituye un argumento válido para obtener la excarcelación. Algún otro autor sobre las bases teóricas anteriormente expuestas construye, incluso, supuestos de "revocación de la libertad anticipada".

¿Supuesto de libertad anticipada?

21. Estas conclusiones e interpretaciones, como fluye de lo expuesto en los parágrafos anteriores, rebasan el ámbito propiamente procesal de la norma en cuestión e ingresan indebidamente al derecho penal material. es pertinente recordar que el derecho procesal penal es un derecho instrumental respecto del derecho material, en tanto tiene por finalidad servir a la aplicación jurisdiccional de aquel al caso concreto. Decidir, por consiguiente, si procede, de una u otra forma, un supuesto de "libertad anticipada" —que es simplemente una denominación general que se circunscribe a definir una competencia precisa y un procedimiento legal cuando la aplicación de un instituto de derecho material trae como efecto la libertad del sentenciado— corresponde al propio derecho penal material, que concreta el contenido de la decisión judicial.

La "libertad anticipada" como expresión del derecho penal material

22. Por lo demás, en el ejemplo propuesto —respecto del cual existen algunas decisiones judiciales—, se advierte un planteamiento no compatible con las disposiciones legales vigentes —de obvio carácter material—, así como con la naturaleza jurídica y los presupuestos que corresponden a la suspensión de la ejecución de la pena y la conversión de penas. Tres son las razones del error en que se incurre:

A. Luego de la revocatoria del régimen de suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento efectivo y continuo de la pena privativa de libertad no tiene ninguna posibilidad normativa de ser modificado o reducido (artículos 59, apartado 3, y 60 del CP). La revocatoria es una sanción y no es integrable con la conversión en otra pena no privativa de libertad, como la prestación de servicios a la comunidad o la multa.

B. La conversión de penas es una medida alternativa, cuya función en el derecho nacional y extranjero ha sido siempre evitar que el condenado ingrese a un centro penal a cumplir la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia condenatoria, y que, luego, en la misma sentencia, en atención sobre todo a su breve duración, el juez determine pena no privativa de libertad, y que será, en definitiva, la pena a cumplir por el condenado. El incumplimiento de la pena convertida también puede dar lugar a una revocatoria, que determinaría la conversión de la pena no privativa de libertad en la pena privativa de libertad originaria. En este último caso, nuestra legislación solo admite un descuento en virtud de la denominada "regla del retorno", que regulan los artículos 53 y 54 del CP. Cabe enfatizar que la conversión de penas tiene un requisito negativo y que es, justamente, que no es procedente aplicar en el caso concreto la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; consecuentemente, menos procedente resulta ser que se aplique una conversión, en caso de revocación del régimen de suspensión de la ejecución de la pena impuesta.

C. El artículo 491.1 del NCPP diferencia con precisión los incidentes relativos a revocación de la conversión de penas y revocación de la suspensión de la ejecución de penas, de aquellos que, incluso, se refieren a la extinción o vencimiento de la pena, y que podrán estar más conectados con una noción ideográfica de libertad, anticipada en tanto implicaría un término definitivo pero extraordinario de la pena privativa de libertad que cumple un condenado.

III. DECISIÓN

21. En atención a lo expuesto, los jueces y juezas supremos(as) de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Vocalía de Instrucción y del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

ACORDARON

22. ESTABLECER, como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11 al 17 y 19 del presente Acuerdo Plenario.

23. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22, de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

24. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

25. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO / TELLO GILARDI/ NEYRA FLORES

CUARTA PARTE
DERECHO PENITENCIARIO

SECCIÓN PRIMERA
BENEFICIOS PENITENCIARIOS

I.

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2015/CIJ-116

BENEFICIOS PENITENCIARIOS. APLICACIÓN DE LEYES DE EJECUCIÓN PENAL EN EL TIEMPO

Acuerdo Plenario	**N.° 2-2015/CIJ-116**
Fecha	12.10.2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro y Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo
Tema	Beneficios penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo
Doctrina legal	ff. jj. n.os 12, 14, 18, 19, 20 y 23
Concordancia	Reglamento del Código de Ejecución Penal: art. 165

SUMILLA:

19. [E]n clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas —desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal— se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 2-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Beneficios penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo

Lima, dos de octubre del dos mil quince.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno

Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio del 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, en las sesiones de fecha de 5 de agosto del 2015 y 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así como se establecieron los seis temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Davinson Carlos Pino Ticona.

4. La *tercera etapa*, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta

fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y RODRÍGUEZ TINEO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco Preliminar

6. El Derecho Penitenciario, como sector específico del Derecho de Ejecución Penal, constituye con otras disciplinas jurídico-penales el "Sistema Integral del Derecho Penal", y, por ello, comparte un conjunto específico de notas características, debidamente normativizadas, con el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. En tanto se trata de un derecho autónomo —aunque con ciertos criterios de relativización—, en el ámbito normativo esta disciplina está regulada en nuestro país, fundamentalmente, por el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo número 654, de 2 de agosto de 1991, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo número 015-2003-JUS, de 11 de septiembre del 2003.

Autonomía del Derecho Penitenciario

7. En materia de interpretación, aplicación y vigencia de las normas de ejecución penal en el tiempo, la única regla que incorpora el Código de Ejecución Penal es la prevista en el artículo VIII del Título Preliminar, que estatuye: *"La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno"*.

Aplicación de la ley en el tiempo

El mencionado Código, a diferencia de los Códigos Penal y Procesal Penal —véase artículos 6, primer párrafo, del Código Penal y VII, apartado uno, del Título Preliminar del Código Procesal Penal— no establece el factor de aplicación que guía la sucesión temporal de leyes de ejecución penal; esto es, no identifica el hecho, acto, situación o relación jurídica de ejecución penal que lo determina, en armonía siempre con el principio del *tempus regit actum*, en el entendido que son normas de aplicación inmediata.

Aplicación inmediata de las normas del Código de Ejecución Penal

8. Desde luego, presiden el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal dos preceptos de la Constitución. El primero, el artículo 103 C. que estipula: "[...] *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo* [...]". Esta disposición asumió, como se sabe, la teoría de los "hechos cumplidos", por lo que cada una de las normas jurídicas ha de ser aplicada durante su período de aplicación inmediata, prohibiendo como regla general, la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la retroactividad penal benigna.

Teoría de los "hechos cumplidos"

El segundo, el artículo 139.11 C. que dispone que: son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11. *"la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*.

Favorabilidad penal

9. Los beneficios penitenciarios, legislativamente, se califican de estímulos, forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización, penitenciaria, de la pena (artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal). Sin embargo, en puridad, debe calificarlos, conforme a la evolución de la doctrina como un derecho subjetivo del interno, aunque condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos legalmente impuestos, de suerte que su concesión no procede automáticamente; es un modelo de libertad a prueba directamente fundado en las metas resocializadoras [FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: *La libertad condicional y los beneficios penitenciarios.* En: *Lecciones de Derecho Penal-Derecho Penitenciario*, Tomo VI, Iustel, Madrid, 2010, páginas 228/229].

Naturaleza de los beneficios penitenciarios

Pese a la estabilidad normativa que requiere esta institución, en el ámbito de la aplicación de las normas respectivas en el tiempo, las leyes sobre beneficios penitenciarios que sucesivamente se han promulgado trazan un itinerario variado. En efecto, y en lo relevante, las normas más importantes enfrentan el problema de la siguiente manera:

Evolución de los beneficios penitenciarios

A. La Ley número 27770, de 28 de junio del 2002, en cuanto a los beneficios penitenciarios no fijó un factor de aplicación específico —no dice nada al respecto—. Este parece haber sido el criterio del legislador cuando modifica o introduce nuevas normas penitenciarias, concretamente referidas a los beneficios penitenciarios.

Ley N.° 27770

B. Las Leyes números 30054, de 30 de junio del 2013; 30068, de 18 de julio del 2013; 30076, de 19 de agosto del 2013; y, 30077, de 20 de agosto del 2013, tampoco lo hicieron.

Leyes del 2013

C. La Ley número 30101, de 2 de noviembre del 2013, al integrar las cuatro leyes antes citadas, estableció que en esos casos *"...los beneficios penitenciarios son de aplicación a los condenados por los delitos que se cometan a partir de su vigencia"*.

Ley N.° 30101

D. La Ley número 30262, de 6 de noviembre del 2014, que incorporó nuevas normas referentes a los beneficios penitenciarios, tampoco fijó un factor de aplicación específico; es decir volvió al punto de partida inicial.

Ley N.° 30262

E. La Ley número 30332, de 6 de junio del 2015, precisó que las modificaciones efectuadas por la ley anterior, *"son de aplicación exclusiva a los condenados por los delitos que hayan cometido a partir de su vigencia"*. Esto es, repitió en lo esencial la regla fijada por la Ley número 30101.

Ley N.° 30332

10. En ese interregno, hasta antes de la expedición de las leyes número 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 2196-2002-PHC/TC, de 10 de diciembre del 2003, estimó que en el caso de las normas de ejecución penal, sus disposiciones deben considerarse como normas de carácter procedimental y no como una ley penal material; y, para establecer el momento de la aplicación en el tiempo de un acto procedimental penitenciario —como en el caso de beneficios penitenciarios—, debía tenerse en cuenta la fecha en que se inició el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario solicitado, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a este.

Beneficios penitenciarios como normas procedimentales

Tal doctrina jurisprudencial la reitera en la STC número 2198-2009-PHC/TC, de 31 de agosto del 2009, con antecedentes en la STC número 2965-2005-PHC/TC, de 17 de junio del 2006.

11. Sin embargo, esta Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario número 08-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, consideró que la naturaleza, material o procesal, de una ley de ejecución penal está en función del ámbito que regula; de suerte que una ley de ejecución penal puede ser, indistintamente y, según el caso, norma sustantiva o norma procesal. Asimismo, determinó que cuando la ley de ejecución penal incide en los requisitos configuradores de un beneficio penitenciario —no en el trámite o procedimiento del mismo— el factor de aplicación, por su carácter material o sustantivo, será el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal.

Leyes de ejecución penal: como normas sustantivas o procesales

12. Recuérdese que las consecuencias de una relación jurídica, entendida, en palabras de Rubio Correa, como las diversas vinculaciones que existen entre dos o más situaciones jurídicas —atribuciones, derechos, deberes,

obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho— interrelacionadas (así, por ejemplo, entre el penado y el Estado), son regidas desde la entrada en vigencia por la nueva ley. Es claro, además, que la situación o relación jurídica en sí misma —la condición de penado del interno, de un lado, y el régimen y el tratamiento penitenciario, que le corresponde constitucional y legalmente, de otro lado— no son alteradas por la norma; sino solo sus consecuencias [Rubio Correa, Marcial: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Segunda edición aumentada, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 34].

Consecuencias de relaciones jurídicas en tratamiento penitenciario

Desde esta perspectiva, las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme —se rige por la ley vigente en ese momento—; luego, las consecuencias que de ellas se derivan, como regla básica del Ordenamiento, solo podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica. Salvo, claro está, en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia —regulará situaciones del pasado, siempre que sea más conveniente—.

Tratamientos de la relaciones jurídicas penitenciarios en el tiempo

13. El problema objeto de pronunciamiento se circunscribe, entonces, a establecer la doctrina legal sobre el factor de aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal en materia de beneficios penitenciarios, a partir de los cambios que el legislador incorporó, específicamente en las Leyes números 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015.

§ 2. Sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo. Factor de aplicación

2.1 Criterio general. Normas penitenciarias

14. Es pertinente insistir, como criterio general, que el Derecho de Ejecución Penal, en tanto sector del Ordenamiento Jurídico, vinculado siempre al sistema penal, está integrado, a diferencia de los otros dos sectores que lo conforman: penal material y procesal penal, por dos clases de normas: materiales y procesales, ya sea que determinen, como postula De La Oliva, el qué de la decisión —en el primer caso— o el sí y el cómo de ella —en el segundo caso— [*Derecho Procesal-Introducción*, 2.ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 118]. Es indudable que si las normas modifican los presupuestos legales de los beneficios penitenciarios: tiempo de privación efectiva

Conformación del Derecho de Ejecución Penal

de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, —que es el elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal [ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho Procesal*, Cuarta Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 27] —.

15. Es evidente, entonces, según se tiene expuesto, que ante la ausencia de una norma transitoria, que ha sido el caso de las leyes dictadas hasta antes de la dación de las leyes número 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015 —circunscriptas a las leyes que ellas mismas indican—, el *tempus regit actum* para leyes materiales de ejecución penal se entenderá, en cuanto factor temporal de aplicación —elemento o dato asumido como referencia—, el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción, vale decir, cuando la sentencia condenatoria adquiere firmeza, salvo el criterio universal de favorabilidad en fase de ejecución material; y, para leyes procesales de ejecución penal, será el vigente al momento de la realización del acto procesal: solicitud del beneficio penitenciario —momento de nacimiento del proceso o, en su caso, incidente, de ejecución penal—.

Aplicación de la ley de ejecución penal en el tiempo

2.2. Nuevas normas penitenciarias

16. Ahora bien, las leyes números 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015, han introducido en el Ordenamiento sendas normas transitorias en materia de beneficios penitenciarios, relacionadas con lo dispuesto en su momento por las leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262. Uniformemente, estipularon la siguiente regla: *"las normas precedentes sobre beneficios penitenciarios solo son de aplicación a los condenados por los delitos que se hayan cometido a partir de su vigencia"*.

Beneficios penitenciarios y *tempus regit actum*

17. Estas dos leyes, números 30101 y 30332, entonces, precisan que el factor de aplicación en materia de sucesión temporal de las leyes de ejecución penal, específicamente penitenciarias —referidas concretamente a las cinco leyes ya mencionadas: números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262—, será el momento en que se cometió el hecho delictivo. En tal sentido, los Proyectos de Ley números 2645/2013 y 4238/2014, que luego —sin modificaciones— se convirtieron en las leyes aludidas, anotaron en su exposición de motivos lo siguiente: *"Las normas que se dicten durante el tratamiento progresivo no pueden surtir efectos de manera inmediata, sino solo para hechos delictivos cometidos con*

posterioridad a su vigencia. Así por ejemplo, el interno que ha redimido la mitad de su pena y se encuentra listo para acceder al beneficio de liberación condicional, vería perdido todo el tratamiento al cual se había sometido con una aplicación inmediata de las leyes posteriores que restringen beneficios. En consecuencia, lo más racional desde los fines de la pena es propugnar la vigencia de estas leyes solo para hechos cometidos con posterioridad a su vigencia".

Sucesión temporal de las leyes de ejecución penal

18. Afirmar legalmente, bajo la expedición de precisas normas transitorias, los cánones en que se definirá el factor de aplicación temporal de una específica ley penitenciaria —de competencia legítima del Congreso—, en nada afecta otra consideración jurídico-constitucional, esta vez referida a la retroactividad o a la ultraactividad benigna de toda ley de ejecución penal. Las normas mencionadas en los parágrafos 6 *in fine* a 8, necesariamente, de efectuarse otras modificaciones con posterioridad a ellas más favorables al penado, imponen la aplicación de estas últimas normas.

19. Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas —desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal— se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

Favorabilidad y actuación de los internos

2.3 Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal

20. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia —si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas

Divergencia temporal sobre la aplicación de beneficios penitenciarios

ya mencionadas— que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

Relevancia de la sucesión normativa en el derecho penitenciario

21. Los cambios legislativos, como se sabe, son propios de la historicidad del Derecho. La sucesión normativa tendrá relevancia si la nueva norma, que por mandato constitucional siempre debe regir situaciones futuras, afecta las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el caso de las normas de ejecución penal, penitenciarias concretamente, serán las relaciones jurídicas entre el penado y el régimen y tratamiento penitenciarios.

Consecuencias de la aplicación inmediata de la nueva norma de ejecución penal

Siendo así, como consecuencia de la aplicación inmediata de la nueva norma de ejecución penal, esta afectará la relación jurídica penitenciaria desde el momento en que entra en vigencia y hacia el futuro —siempre en conexión con las consecuencias de la relación o situación jurídica penitenciaria existente: supuesto en que, en pureza, se presenta un conflicto de normas—, salvo que no resultara más beneficiosa para el penado, en cuyo caso la norma previa que regía esa relación jurídica penitenciaria se aplicará ultraactivamente.

Concepciones del legislador e igualdad ante la ley

22. De otro lado, es cierto que, según se asuma una u otra concepción, será posible, por las consecuencias, resultados distintos. Ello, sin embargo, no tiene entidad para vulnerar el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley. Se trata de concepciones político-criminales del legislador, que sin perjuicio de no afectar relaciones jurídicas ya consolidadas o el principio de preclusión —límite para afirmar su legitimidad—, son aceptables en el Estado Constitucional. No se está ante penados que se encuentran en la misma situación —ante hechos, supuestos o acontecimientos que sean similares—, pues el tiempo, las condiciones y las de la promulgación de las normas serán distintos. Cada grupo de penados cometió los delitos e inició la relación jurídica penitenciaria en momentos diversos, y la nueva ley asumió las perspectivas y consideraciones político-criminales pertinentes del momento en que se expidió.

Igualdad ante la ley: Definición

23. Es pertinente aclarar que la "igualdad ante la ley" es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren

amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.

Finalidad de la regulación normativa penitenciaria

En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria —los penados, específicamente— respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios —la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139.22 C.)—, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos.

Normas de carácter transitorio

24. Finalmente, se debe tener presente que las leyes número 30101, de 2 de noviembre del 2013, y 30332, de 6 de junio del 2015, serían propiamente normas transitorias, de elección o de integración —que, para el caso, comparten la misma naturaleza—. Su objeto común es determinar, entre varias disposiciones, la aplicable a un problema concreto —ese sería el tema, entre otros, de la sucesión de normas en el tiempo—. En consecuencia, como definen un problema específico de sucesión normativa, en sí mismas, no pueden generar una lógica permanente y, menos, discriminatoria en relación con normas futuras o normas futuras.

Sucesión de normas penitenciarias en el tiempo

2°. No obstante ello, la multiplicidad de sucesión de normas penitenciarias en el tiempo y su continua agravación generan problemas muy serios, difíciles de solventar, al Instituto Nacional Penitenciario. La profusión de normas de ejecución penal, sin disposiciones transitorias comunes ni lógicas institucionales equivalentes, es una causa de conflictos y criterios hermenéuticos y de aplicación diversa, lesivos al valor seguridad jurídica, que además conspiran contra un adecuado, estable y racional tratamiento penitenciario progresivo.

Urgencia en ordenar la legislación penitenciaria

Esta heterogénea política criminal, tan sensible al sistema penal, debe ser evitada a toda costa. Corresponde al Congreso —si lo estima conveniente— ordenar la legislación penitenciaria y, en el caso materia de análisis jurisprudencial, extender la línea normativa decidida en relación a leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262, a todos los casos en los que la relación jurídica penitenciaria aún no se ha extinguido.

I. DECISIÓN

26. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

27. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12, 14, 18, 19, 20 y 23 del Presente Acuerdo Plenario.

28. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

2.
ACUERDO PLENARIO N.° 8-2011/CJ-116
BENEFICIOS PENITENCIARIOS, TERRORISMO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Acuerdo Plenario	**N.° 8-2011/CJ-116**
Fecha	6.12.2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	César San Martín Castro, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Jorge Bayardo Calderón Castillo y José Luis Lecaros Cornejo.
Tema	Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada.
Doctrina legal	ff. jj. n.os 8-16
Concordancia	Código de Ejecución Penal: art. 53

SUMILLA:

8. [...] [S]u 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 períodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta [...] así como una prognosis favorable de conducta futura.

[...]

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.

[...]

12. [...] [E]xcepcionalmente, el Juez tiene la potestad [...] de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional [...].

[...]

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 [...] con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N.° 8-2011/CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ
Asunto: Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional —que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"— de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda —en atención a los aportes realizados—, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos

problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Germán SMALL ARANA, José Ávila Herrera, y el representante del Instituto Nacional Penitenciario.

4. La *tercera etapa* del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto, incluso para este Acuerdo el Presidente del Poder Judicial.

Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los Señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, con la participación de los señores CALDERÓN CASTILLO y LECAROS CORNEJO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. 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"—.

Beneficios penitenciarios y criminalidad organizada

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.

Política criminal y redención de penas por trabajo y educación

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 [SMALL ARANA, Germán, 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].

Beneficios penitenciarios en terrorismo y criminalidad organizada: necesidad de criterios vinculatorios

§ 2. 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.

Naturaleza de los beneficios penitenciarios

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.

Beneficios penitenciarios: requisitos de concesión

Así las cosas, su concesión es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta —que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [Peiteado Mariscal, Pilar, *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*

Requisitos de concesión

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.

Análisis del potencial beneficiario

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.

Examen del interno vinculado a organizaciones armadas

9. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional —jurídicamente vinculado— para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba —pericias incluidas— útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

Examen de la solicitud de beneficio

10. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no trasmite la idea de que por ello no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de

libertad y sujeta a controles [GARCÍA VALDEZ, Carlos, *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].

Señalamiento de reglas de conductas

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—.

Reglas de conducta: características

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.

Localización de beneficiarios y control judicial

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.

Beneficios y reparación civil

§ 3. 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

Arraigo absoluto del penado y beneficios penitenciarios

se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite.

Beneficios para estancia en el extranjero

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).

Promover: cooperación judicial internacional

b) Requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.

Medidas de localización

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].

Pérdida del beneficio de libertad condicional

1 Encontrándose en su etapa final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N.° 29833, publicada el 21 de enero del 2012 en el Diario Oficial *El Peruano*. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los fundamentos jurídicos 12 y 13 deben ser ampliados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

§ 4. Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios.

14. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición normas penales —materiales, procesales y de ejecución— con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, sólo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado —delitos graves específicos— o a la calidades del autor o partícipe del delito —reincidencia o habitualidad—, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

Prohibición de beneficios penitenciarios

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 [MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

Normas de ejecución penitenciarias: normas materiales

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 del 2012, que modifica al artículo 210 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena remitido por el trabajado y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo presente, para la aplicación de lo establecido en los fundamentos jurídicos 14 y 15.

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la sanción penal, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

Normas de ejecución penitenciarias: aplicación temporal

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 [Nistal Burón, Javier, *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.

Ejecución penal: principio diferencial

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 [Juanatey Dorado, Carmen, *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal*, en: Estudios Monográficos, Editorial La Ley, p. 28-29].

Normas penitenciarias y derecho a la libertad

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

Autonomía del derecho de ejecución penal

del Derecho Penal— [JUANATEY DORADO, Carmen, *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 del 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el régimen legal vigente al momento de formalizarse ante la autoridad competente la correspondiente. Tal decisión, como es evidente, solo 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.

Aplicación de la ley de ejecución penal en el tiempo

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.

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**

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: TELLEZ AGUILERA, Abel, *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 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: SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Política penal y Política Penitenciaria*, Cuaderno Número 8, PUCP, setiembre del 2008, p.4]

18. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 16.

19. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO/ VILLA STEIN/ LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ VILLA BONILLA/ CALDERÓN CASTILLO /SANTA MARÍA MORILLO

Este libro se terminó de imprimir
en octubre del 2016 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú